This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

Jur. is. 152 hc-6

Digitized by Google

<36618008620018

<36618008620018

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Jur. is. 152 hc-6

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

H 69 22

Digitized by Google

Paris. — Imprimé par E. THUNOT et Cᵉ, rue Racine, 26.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Premier président à la Cour de cassation, Membre de l'Institut.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Juge au Tribunal de la Seine.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION;

FAUSTIN HÉLIE
Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD
Premier avocat général à la Cour de cassation.

LAFERRIÈRE
Membre de l'Institut, Inspecteur général des Facultés de droit.

DE VALROGER
Professeur de l'histoire du droit à la Faculté de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

DELANGLE
Premier président de la Cour impériale de Paris.

DE ROYER
Procureur général à la Cour de cassation.

ROULAND
Procureur général à la Cour impériale de Paris.

DEMOLOMBE
Doyen de la Faculté de droit de Caen.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au collége de France.

FL. MIMEREL
Avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation et du Ministère de l'Intérieur.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.

KŒNIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

REVERCHON
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

BERGSON
Docteur en droit.

TOME VI. — 5me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

Au coin de la rue Soufflot, 23.

1855

180. D.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Nicias-Gaillard, premier avocat général à la Cour de cassation.

PREMIER ARTICLE.

DU DÉCRET DU 26 MARS 1852, SUR LES RUES DE PARIS.

La *Revue critique*, dans l'examen qu'elle fait de la jurisprudence (et ce n'est pas son objet le moins important), ne suit d'ordinaire les arrêts que d'assez loin. Elle se laisse à dessein devancer par les recueils spéciaux. De cette manière, elle peut discuter, en même temps que les arrêts eux-mêmes, les observations qu'ils ont suggérées à ces recueils. Aujourd'hui, nous viendrons les premiers ; les décisions que nous allons examiner sont inédites. Ce sont des arrêts tout récents, dont quelques-uns ont été rendus à peine il y a quelques jours, sur nos conclusions. Nous pourrons donc en parler pertinemment, et, pour cela, il nous suffira de consulter des impressions encore toutes vives ; notre examen en aura, nous l'espérons, plus d'intérêt. Le temps fuit si vite et nos pensées sont si mobiles, qu'il faut se hâter de les saisir et de les fixer. Il suffit souvent de quelques jours pour effacer dans notre esprit ce que nous croyions y avoir solidement gravé. Je puis le dire du moins de moi-même, il m'a toujours été moins difficile d'apprendre que de retenir.

D'un autre côté, il n'est pas mal que les rôles soient intervertis de temps en temps. Les recueils spéciaux nous sont trop souvent utiles par leurs excellentes observations, pour que nous

Digitized by Google

ne tenions pas à honneur d'essayer quelquefois de leur rendre le même service, en prenant l'initiative à notre tour.

Cour de cassation, Ch. civ., 14 février 1855 : *Aff. de la ville de Lyon C. Yvon de Jouage et autres.* — Les questions résolues par cet arrêt étaient des questions d'expropriation pour cause d'utilité publique, non pas dans les termes généraux de la loi du 3 mai 1841, mais par application du décret du 26 mars 1852, *relatif aux rues de Paris*, qu'un autre décret, du 13 décembre 1853, a étendu à la ville de Lyon.

Le décret du 26 mars 1852, qui peut (art. 9) être rendu applicable par des décrets spéciaux, *à toutes les villes qui en feront la demande*, est d'une importance qui n'a peut-être pas été suffisamment signalée sous tous les rapports. Nous le voyons fonctionner tous les jours entre les mains de l'édilité parisienne, et il est pour beaucoup, par les facilités qu'il donne à l'administration, dans ces grands travaux d'utilité publique qui ont été entrepris avec un merveilleux élan et qui s'achèvent sous nos yeux avec une rapidité et une exactitude peut-être encore plus étonnantes. Mais ce n'est pas seulement comme moyen puissant d'action administrative qu'il est à considérer; il tient essentiellement au droit civil, d'abord comme toutes les lois d'expropriation, la propriété étant le principal objet du droit civil, mais plus qu'aucune autre parce qu'il lui a été donné de pouvoir davantage contre l'intérêt privé. Il y a donc là des rapports importants à régler, peut-être des conflits à prévenir. Même au point de vue de l'intérêt public, les intérêts privés sont grandement à ménager. Tous les embellissements dont nos grandes villes se parent, ces précieuses améliorations, ces créations magnifiques qui les rendent fières et reconnaissantes, ne doivent coûter à la propriété privée que ce qu'il est indispensable qu'elle leur sacrifie. Le nécessaire, voilà, aussi en cela, la mesure du juste; et encore la nécessité elle-même n'a-t-elle qu'à gagner à ces ménagements habiles qui, dans l'exécution, l'adoucissent sans l'affaiblir.

Les questions que fait naître le décret du 26 mars 1852 sont donc d'un grand intérêt, et il s'y joint l'attrait de la nouveauté, le temps jusqu'ici ayant manqué à la controverse.

Il s'agissait devant la Cour de cassation, entre autres points contestés, de savoir si, quand l'administration veut comprendre

Digitized by Google

dans un projet d'expropriation pour l'ouverture, l'élargissement ou le redressement d'une rue, non pas seulement le terrain qui doit servir d'assiette à ses travaux, mais ce qui peut rester en dehors des alignements, c'est à elle seule qu'il appartient de décider que ces parties restantes ne sont pas d'une étendue ou d'une forme qui permette d'y élever des constructions salubres, — seule condition sous laquelle elle soit autorisée à étendre jusque-là l'expropriation, — ou si plutôt ce n'est pas, en cas d'opposition de la part des propriétaires, une question relevant de l'autorité judiciaire et sur laquelle il doit être statué, dans la forme ordinaire, par les tribunaux civils. Les demandeurs en cassation soutenaient que les parcelles leur appartenant et dont l'administration prétendait s'emparer étaient fort propres, par leur situation et leur étendue, à recevoir des constructions salubres. Ils l'avaient soutenu dès le principe, et leurs observations sur ce point avaient été consignées dans le procès-verbal de la commission d'enquête; mais cette commission n'avait point accueilli ces observations; le préfet non plus, dans son arrêté de *cessibilité;* et lorsque le tribunal civil de Lyon avait été requis, conformément à l'article 14 de la loi du 3 mai 1841, de prononcer l'expropriation, il l'avait prononcée sans tenir compte des réclamations des intéressés. C'était là l'un des griefs du pourvoi. Le jugement du tribunal de Lyon était attaqué pour excès de pouvoir, en ce que, au lieu de surseoir à l'expropriation jusqu'à ce que la question préjudicielle eût été vidée, il avait *de plano* prononcé cette expropriation, sans s'occuper d'autre chose que de vérifier si les formes matérielles avaient bien été remplies.

Le pourvoi a été rejeté. Devait-il l'être? Nous l'avions pensé. La seule mission du tribunal, telle que la détermine l'article 14 de la loi du 3 mai 1841, c'est de s'assurer, cet article lui-même le déclare, si *les formalités prescrites par l'article* 2 *du titre* Ier *et par le titre* II *de la loi ont été remplies*, et de s'en assurer *sur la seule production des pièces;* car les parties ne sont pas appelées devant le tribunal. Ce point vérifié (la vérification comprend tout ce qui s'est fait et tout ce qui a dû se faire depuis le commencement de la procédure, à partir de la loi ou du décret qui autorise l'exécution des travaux), il ne reste plus au tribunal qu'à *prononcer* (non pas à *ordonner*, la loi ou le décret l'ont *ordonnée*) l'expropriation. C'est en cela que consiste, à cette

Digitized by Google

première période de la procédure, l'intervention de la justice, et qu'il est vrai de dire (L. 3 mai 1841, art. 1er) que c'est *par autorité de justice que s'opère l'expropriation pour cause d'utilité publique.*

Mais quant à savoir s'il y avait vraiment *utilité publique*, ou si, l'utilité publique admise, il y avait lieu d'appliquer l'expropriation aux propriétés particulières auxquelles elle a été appliquée, le tribunal n'a point à entrer dans l'examen de ces questions; il n'y pourrait entrer sans méconnaître ses attributions et la séparation établie par les lois organiques entre le pouvoir judiciaire et l'autorité administrative. « La vérification imposée aux tribunaux, disait très-bien le rapporteur (M. Daru) de la loi de 1833 à la chambre des pairs [1], n'est pas une vérification de fond, mais de forme. Le juge ne peut pas changer, modifier les arrêtés du préfet; il peut dire seulement: Telle prescription légale n'a pas été observée. Son rôle est passif; il n'administre pas. Aussi la loi veut-elle que le jugement soit prononcé par le tribunal, sans l'intervention des parties. »

S'il en est ainsi dans les cas ordinaires d'expropriation pour cause d'utilité publique, et quand il s'agit de la loi générale du 3 mai 1841, en serait-il autrement lorsque c'est l'application du décret du 26 mars 1852 qui est plus spécialement requise? Tout au contraire, et *à fortiori*. Loin, en effet, qu'il se soit proposé d'affaiblir l'action de l'administration, le décret a évidemment eu pour but de la rendre plus forte et plus énergique. La date même du décret et le pouvoir duquel il émane suffiraient pour le prouver. Et ce qu'on voulait faire, nous voyons bien qu'on l'a fait; la rapidité avec laquelle marchent les plus grandes entreprises prouve que rien ne les entrave. Le texte, d'ailleurs, est exprès. C'est à *l'administration* qu'est donnée *la faculté* (art. 2 du décret); ce sera elle qui *jugera*. C'est *elle* qui fera tout ce qu'il y a à faire, sauf au tribunal à vérifier si ce qui a été fait l'a été régulièrement, et au jury à apprécier le dommage souffert. Le législateur semble même ne voir, en tout cela, quelle qu'en soit l'importance, que des règlements ou actes ordinaires de police, et comme il est dit dans ce décret lui-même (art. 2, dernier paragraphe), *de simples mesures de voirie.*

A côté de cette question, l'affaire en présentait une autre

[1] *Moniteur* de 1833, p. 1438 et 1733.

Digitized by Google

qui n'avait pas moins d'importance, et qui offrait plus de difficulté, sinon peut-être dans son application à la cause actuellement soumise à la Cour de cassation, du moins à l'envisager d'une manière plus générale et dans ses rapports avec de graves intérêts qui, dans d'autres cas, pouvaient s'y trouver engagés.

Le décret du 26 mars 1852, quand il a attribué à l'administration la faculté de comprendre dans les expropriations nécessaires pour l'ouverture ou l'élargissement des rues de certaines villes, la totalité des immeubles dont l'expropriation directe n'atteindrait qu'une partie, n'a point fait une chose entièrement nouvelle. Déjà l'article 50 de la loi du 3 mai 1841 prévoyait le cas où il y aurait lieu d'acquérir en entier des terrains ou bâtiments expropriés en partie, et telle était depuis longtemps, seulement, il est vrai, pour *les maisons et bâtiments,* la disposition de la loi du 16 septembre 1807, article 51.

Mais, sous l'empire de ces deux lois, ce n'était qu'à la demande et sur la réquisition du propriétaire que cette acquisition totale pouvait avoir lieu, et uniquement dans son intérêt. Ces lois paraissaient ne pas supposer qu'il fût possible que l'administration elle-même y trouvât de l'avantage, ou bien elle refusait de prendre cet avantage en considération. L'acquisition totale était une charge imposée, dans certains cas, à l'administration, mais non point un droit qu'on lui reconnût, moins encore une faveur qu'on voulût lui accorder.

Le décret du 26 mars 1852 a fait tout autre chose. Il a renversé les rôles et changé, pour l'administration, la contrainte en faculté. S'il pouvait arriver que le propriétaire exproprié de la plus grande partie de son héritage ne sût que faire du peu qu'on lui en laissait, et si alors il était juste qu'il pût exiger qu'on prît et qu'on payât le tout, ne pouvait-il pas arriver aussi que, tout à côté de la rue principale qu'on viendrait de former à grands frais ou de redresser et agrandir, il restât des parcelles de terrain trop étroites ou trop mal disposées pour qu'on pût convenablement y bâtir? Qu'en faire alors? Attendre les réquisitions du propriétaire? Mais si au lieu de demander qu'on l'en débarrassât, il prétendait garder pour lui ces restes de terrain dans l'espoir de profiter d'un voisinage avantageux, le lui laisserait-on? Non! il pouvait y avoir là une grande et belle œuvre à achever, à compléter. Il fallait que dans ces quartiers embellis, assainis, ouverts à l'air et à la lumière, tout fût digne de l'entreprise

Digitized by Google

et concourût au résultat. Il n'était pas possible surtout de laisser, sur les bords de ces rues nouvelles ou rajeunies, des cloaques infects, des réceptacles hideux, ni même de permettre à de mesquines constructions, les seules que pût comporter l'insuffisance du terrain, de rompre l'harmonie des lignes et de gâter l'unité majestueuse de l'ensemble par des contrastes choquants. Le législateur, jusque-là, avait semblé ne stipuler que dans l'intérêt privé; il y avait aussi à pourvoir à l'intérêt public.

De là, la première disposition de l'article 2 du décret du 26 mars 1852.

Mais ces parcelles de terrain laissées en dehors des alignements et que l'administration pourrait acquérir quand elle le jugerait convenable, sans attendre désormais qu'on l'exigeât, elle-même, après les avoir acquises, qu'en ferait-elle? Pour avoir changé de maître, elles n'en seraient pas plus vastes ni mieux disposées; il ne s'y trouverait pas des conditions meilleures pour des constructions convenables et salubres... Le remède était d'ajouter ce qui y manquait, ou plutôt de les joindre elles-mêmes aux propriétés contiguës, de manière à former un tout d'une étendue suffisante.

Cet autre pouvoir a été aussi accordé à l'administration par le décret du 26 mars 1852, mais il l'a été sous des conditions essentielles dont il faut maintenant se rendre compte.

Le § 3 de l'article 2 dispose : « Les parcelles de terrain acquises en dehors des alignements, et non susceptibles de recevoir des constructions salubres, seront réunies aux propriétés contiguës, soit à l'amiable, soit par l'expropriation de ces propriétés, conformément à l'article 53 de la loi du 16 septembre 1807. » On voit qu'il ne s'agit ici ni de l'expropriation directe de terrains destinés à servir d'assiette aux travaux d'utilité publique, ni même de cette expropriation par voie de conséquence qui s'étendait tout à l'heure du principal à l'accessoire, et n'ayant d'abord atteint le terrain qu'en partie, finissait par prendre le tout. Ici les propriétés que l'administration demande à occuper ne sont aucunement atteintes par les nouveaux plans; elles restent, pour le tout, en dehors de l'alignement, et, si l'on a besoin d'elles, ce n'est pas pour elles-mêmes, mais pour tirer parti de ces étroits espaces sur lesquels aucune construction ne s'élève ni ne pourrait convenablement s'élever, de *ces dé-*

Digitized by Google

laissés, comme on les appelle, dont on ne saurait que faire sans cette adjonction.

C'est donc là un pas de plus que le décret fait dans la voie des expropriations publiques, et même un grand pas. La garantie qui reste à l'intérêt privé consiste, outre le droit à l'indemnité et la juridiction du jury, deux réserves expresses faites par le décret, en ce que cette expropriation particulière ne doit se faire que conformément à l'article 53 de la loi du 16 septembre 1807, auquel le décret renvoie aussi expressément.

Or, suivant cet article 53 de la loi du 16 septembre 1807, le propriétaire en avant duquel il reste un espace libre peut demander, en offrant d'en payer la valeur, qu'on le lui cède pour le joindre à sa propriété, de manière à avancer cette propriété, ainsi agrandie, jusqu'à la voie publique. Ce n'est qu'au cas où il ne fait pas usage de cette faculté que l'administration, usant, elle, de la faculté contraire, peut le déposséder, soit à l'amiable, de la manière réglée par l'article 51 de cette même loi de 1807, soit, s'il n'y a pas cession volontaire, dans les formes ordinaires de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Ainsi, aujourd'hui encore, la préférence est laissée au propriétaire sur l'administration, et les convenances privées sont ce que la loi consulte d'abord. Cela même n'est que juste, il faut le reconnaître : l'administration, qui conserve son pouvoir réglementaire et son droit de surveillance, n'a pas intérêt d'ailleurs à agir par elle-même, à construire de ses propres mains ; elle ne demande qu'une chose, c'est qu'il puisse s'élever et qu'en effet il s'élève sur le terrain dont isolément on ne pourrait rien faire, des constructions salubres et conformes, d'ailleurs, en tout le reste, à ce qu'elle est en droit de prescrire, dans l'ordre ordinaire et l'exercice légitime de ses attributions.

Sous un autre rapport, cette préférence que la loi accorde à l'intérêt privé est sage et vraiment opportune. Il y a ici comme une marche progressive de l'expropriation : elle avance, elle s'étend ; il est bon de rassurer la propriété privée, naturellement ombrageuse et craintive.

C'étaient ces dispositions combinées du décret de 1852 et de la loi de 1807 qu'invoquait plus particulièrement l'un des demandeurs en Cassation. Sa propriété, quoique placée en dehors des alignements, ayant été comprise par l'administration dans ses plans d'expropriation, à cause d'un *délaissé* con-

Digitized by Google

tigu qu'elle voulait y réunir, le demandeur avait fait signifier au préfet un acte extrajudiciaire par lequel il déclarait vouloir lui-même acquérir le terrain touchant à sa propriété, ce qui faisait cesser toute cause d'expropriation. Cependant cette propriété était du nombre de celles dont l'expropriation avait été prononcée par le tribunal. Le demandeur soutenait qu'en cela le tribunal avait commis un excès de pouvoir évident et une violation flagrante de la loi de 1807 ainsi que du décret de 1852, dans les dispositions plus haut citées.

Malheureusement pour le pourvoi, cette signification sur laquelle il se fondait était *postérieure* au jugement attaqué; on alléguait bien, il est vrai, que le propriétaire avait fait connaître ses intentions à l'administration dès le commencement des poursuites; mais ces prétendues communications officieuses étant déniées, la déclaration extrajudiciaire restait seule. Or que pouvait-elle contre le jugement, quand elle n'était venue qu'après lui? Évidemment, elle ne pouvait rien.

Cependant on ne s'avouait pas vaincu et l'on se retranchait derrière une dernière défense. C'est à l'administration, disait-on, qu'il incombe de mettre les propriétaires en demeure de s'expliquer. Le jugement du tribunal de Lyon était nul pour n'avoir pas été précédé de cette mise en demeure ou pour ne l'avoir pas lui-même exigée!

Mais la loi l'exigeait-elle, comme en effet elle eût pu le faire, comme elle l'avait fait dans d'autres cas? L'article 3[1] de la loi du 24 mai 1842, *relative aux portions de routes royales délaissées par suite de changement de tracé ou d'ouverture d'une nouvelle route*, prouverait au besoin, qu'à cet égard aussi elle sait bien dire ce qu'elle veut. Mais ici rien de semblable, et, tout au contraire, dans une disposition que sous certains rapports, l'article 2 du décret de 1852 n'a fait, nous l'avons vu, qu'étendre et compléter (l'article 50 du 3 mai 1841), elle exige formellement une *réquisition* du propriétaire.

Le pourvoi a donc été rejeté.

Mais il restait une question importante. Cette déclaration tardive, impuissante à justifier le pourvoi dirigé contre le jugement, demeurait-elle de tout point inefficace? En d'autres

[1] « Les propriétaires *seront mis en demeure* d'acquérir, chacun en droit soi..., les parcelles attenantes à leurs propriétés. »

Digitized by Google

termes, le propriétaire était-il déchu de la faculté d'acquérir?

Ce point était fort délicat. L'expropriation avait été prononcée; le jugement qui la prononçait était maintenu; comment revenir sur cette décision, désormais souveraine? Il ne restait plus, semblait-il, qu'à procéder au règlement de l'indemnité due au propriétaire exproprié, de la manière et dans les formes déterminées par les articles 21 et suivants de la loi du 3 mai 1841.

D'un autre côté, une telle déchéance n'était-elle pas bien rigoureuse, alors surtout qu'aucun délai n'est expressément imparti, et qu'il n'y a de mise en demeure ni de la part du décret qui reconnaît et consacre de nouveau la faculté sans en régler l'exercice, ni (nous avons vu qu'elle n'y était pas tenue) de la part de l'administration poursuivante? Le droit pouvait, sans inconvénient, rester ouvert jusqu'à la décision du jury ou du moins jusqu'au moment où l'exproprié est sommé par l'administration [1] de s'expliquer sur les offres qu'elle lui notifie? Il suffirait qu'en réponse à ces offres, l'administration fût instruite des prétentions du propriétaire et mise à même de les contester. Si elle contestait, en effet, il y aurait alors *litige sur le fond du droit*, et ce serait un des cas prévus par l'article 39, § 4, de la loi du 3 mai 1841. *Toutes les fois qu'il s'élève des difficultés étrangères à la fixation du montant de l'indemnité*, le jury ne règle cette indemnité que conditionnellement et d'une manière provisoire, et il *renvoie* d'ailleurs *les parties à se pourvoir devant qui de droit*, pour faire statuer sur les *difficultés* qui les divisent. Donc, au lieu de prétendre que la déclaration du propriétaire qu'il entendait acquérir était tardive, il fallait plutôt reconnaître qu'il s'était ému avant le temps, et qu'il avait pris l'initiative quand il pouvait se borner à attendre l'administration. Les choses avaient été mises d'avance dans l'état où devait les trouver le jury, et le propriétaitre avait si peu renoncé à son droit qu'il avait plutôt mis une certaine impatience à l'exercer.

Ces considérations ont paru toucher la Cour. La Cour a un respect profond pour le droit de propriété, une répugnance fort légitime, qui est de droit d'ailleurs, de droit strict autant que d'équité, pour toute déchéance non formellement prononcée par la loi. On invoquait aussi devant elle la juris-

[1] L. 3 mai 1841, art. 23 et 24.

Digitized by Google

prudence[1] qui s'est formée sur cet article 50 de la loi du 3 mai 1841, dont nous parlions tout à l'heure. Les choses se passent, en effet, pour l'application de cet article, comme nous venons de le supposer pour le nôtre. Il suffit que le propriétaire qui est atteint dans une partie de sa propriété et qui a intérêt, puisqu'il en est ainsi, à ce qu'on la lui prenne plutôt tout entière, requière l'administration, dans les délais déterminés par les articles 24 et 27 de la loi de 1841, d'acquérir la totalité. Le jury, sous les yeux duquel on doit placer les notifications échangées entre les parties dans le cours de l'instruction, et devant qui d'ailleurs le propriétaire et l'administration ne peuvent manquer de reproduire leurs prétentions, s'ils y persistent, n'en fixe pas moins, il est vrai, l'indemnité; mais, comme nous l'avons dit, conditionnellement et en subordonnant la fixation qu'il en fait à la décision à rendre, *par qui de droit, sur le litige*[2], c'est-à-dire sur le point de savoir si la réquisition d'acquérir est recevable, par exemple si elle a été formée en temps utile, et si elle est fondée. *Qui de droit*, c'est évidemment ici l'autorité judiciaire, juge ordinaire des questions de propriété.

Nous-même, à l'audience, nous étions entré dans cet ordre d'idées, et quoiqu'il nous parût préférable de ne pas s'expliquer sur la question, la solution n'en étant pas nécessaire pour le jugement du pourvoi, nous avions, dans le cas où la Cour croirait convenable de la décider, exprimé une opinion favorable à la conservation du droit d'acquérir. Depuis, en y réfléchissant de nouveau, nous y avons trouvé de sérieuses difficultés.

La jurisprudence que nous-même nous citions était-elle bien applicable?

La situation dans les deux cas est loin d'être la même. Dans l'article 50 de loi du 3 mai 1841, l'expropriation ne porte pas sur la portion de terrain que le propriétaire requiert l'administration d'acquérir. Le jugement qui en prononce l'expropriation pour une autre partie, ne peut dès lors faire obstacle à ce que le propriétaire use de son droit à l'égard de ce qui est resté libre. Ce n'est même, semble-t-il, qu'après que l'expropriation a été prononcée, qu'il peut opportunément faire sa réquisition. Avant cela il n'y a que des projets, des plans, une demande; mais

[1] Ch. civ., 21 août 1838, 5 fév. 1840, 22 mars 1847 : Dalloz, *Jurisp. gén.*, 2e édit., v° *Expropriation*, nos 739 et 740; D. P. 47, 4, 248.

[2] L. 3 mai 1841, art. 39 et 49.

Digitized by Google

ces projets et ces plans peuvent être modifiés, cette demande peut n'être pas accueillie; il faut un jugement! Alors seulement ce qui pouvait être plus ou moins probable sera certain; et devenue définitive, l'expropriation partielle autorisera à requérir l'acquisition totale.

Dans le cas de l'article 2 du décret du 26 mars 1852, ce n'est plus cela. Ce que le propriétaire demande à garder, c'est précisément ce que l'administration veut lui prendre, ou plutôt c'est ce que déjà elle a pris. Quand était-ce que la question pouvait se débattre? Ce n'était pas apparemment après qu'elle avait été résolue. Or le jugement qui prononce l'expropriation résout la question. Dès ce moment la propriété est transférée à l'administration, et de plein droit; l'ancien propriétaire ne peut pas demander qu'on la lui laisse: il ne l'a plus; il faudrait la lui rendre.

La jurisprudence invoquée semble donc ne pouvoir être d'aucun secours. Et ce n'est pas la seule conséquence de ce qui vient d'être dit, d'écarter l'application de cette jurisprudence; il en est une autre qui va plus loin, au fond même des choses, et qui peut paraître décisive. Si le jugement qui prononce l'expropriation est définitif, s'il décide souverainement la question de propriété, que peut-il rester à faire? Sans doute, tout n'est pas fini, en ce qui touche au règlement des intérêts pécuniaires, entre l'administration et l'ancien propriétaire; une indemnité lui est due, il gardera la possession jusqu'au payement; mais cette possession n'est qu'un gage entre ses mains, le droit de propriété est ailleurs, il n'y a ici que le fait de la détention.

Cet effet du jugement d'expropriation de déplacer immédiatement et de plein droit la propriété était rendu sensible, lors de la discussion de la loi de 1833 à la chambre des pairs, dans les observations suivantes du comte Rossi: « Ne confondons pas, disait-il, la propriété et le fait de la détention de la chose. Le jugement d'expropriation une fois prononcé, le particulier dont on a voulu la propriété est-il toujours propriétaire? En d'autres termes, pourrait-il, après le jugement d'expropriation, aliéner la propriété?... Peut-il faire autre chose que de mettre une autre personne en son lieu et place comme créancier d'une indemnité à liquider? On est donc réellement dépouillé de sa propriété quand le jugement d'expropriation a été prononcé. »

Si bien dépouillé, en effet, que l'administration ou les conces-

Digitized by Google

sionnaires[1] qui ont obtenu l'expropriation ne sont plus admis à s'en désister[2]. C'est chose jugée et fait irrévocable même à leur égard; et cela bien avant que l'indemnité ne soit payée ni même fixée.

A plus forte raison est-il trop tard pour le propriétaire exproprié. Il n'a plus de choix à faire, de faculté à exercer. Il ne peut pas garder ce qu'il a perdu.

Telle était la situation de celui des demandeurs en cassation qui, décidé à acquérir les portions de terrain restant en dehors des alignements pour conserver sa propriété contiguë, n'avait déclaré, du moins d'une manière régulière, son intention qu'après le jugement d'expropriation. Il était déchu de son droit pour n'en avoir pas usé en temps utile. Il y avait contre lui une grande *autorité*, l'autorité de la chose jugée.

Toutefois, un tel résultat est regrettable, on ne saurait se le dissimuler. La perte d'un droit l'est toujours, à moins qu'elle ne soit pleinement volontaire; il y a de plus, ici, la faveur particulière qui s'attache à la situation de la partie privée, et, par opposition, ce qu'une expropriation a toujours de rigoureux. A la vérité, le remède peut se trouver entre les mains de l'administration elle-même. S'il ne lui est pas permis de renoncer, malgré l'exproprié, à l'expropriation qu'elle a poursuivie et obtenue, il n'y a plus de difficulté quand on est d'accord, sauf à employer les formes requises. Il faut même s'empresser de le dire, dans la plupart des cas on serait fondé à espérer de la modération de l'administration et de son esprit de sagesse cette solution amiable. Qu'importe, après tout, à l'administration, dans l'intérêt qu'elle représente, que ce soit elle ou le propriétaire qui construise, pourvu qu'on construise convenablement? Si elle s'en charge, ce n'est que parce qu'aucun autre ne veut s'en charger, et après qu'elle a elle-même cherché à céder ou à revendre[3] ce qu'il lui a fallu acquérir. Seulement, il est vrai que ces arrangements, faciles, on doit le croire, avec l'autorité publique, le sont beaucoup moins avec les concessionnaires[4], que souvent elle se substitue. Ceux-ci ne songent qu'à leurs propres affaires et ils en font le

[1] L. 3 mai 1841, art. 63.

[2] Bordeaux, 16 janv. 1832; Colmar, 23 juill. 1841 : Dalloz, *Jurisp. gén.*, 2e édit., v° *Expropriation*, n° 326.

[3] L. 16 septembre 1807, art. 53, *in fine*.

[4] L. 3 mai 1841, art. 63.

Digitized by Google

plus qu'ils peuvent. Un terrain à acquérir, une maison à construire, et, après, le tout à revendre : ce sont autant d'affaires de plus.

Enfin, même par rapport à l'administration, il vaut mieux n'avoir rien à demander, et ne relever que de son droit.

Il est donc à regretter, peut-être, qu'aux affiches et publications, que tout le monde est censé connaître et dont il s'en faut beaucoup, pourtant, que tout le monde ait connaissance même parmi ceux qui y ont le plus d'intérêt, la loi n'ait pas cru pouvoir, dans ce cas particulier, ajouter la garantie plus sûre d'un avertissement direct, d'une interpellation à la personne. Nous avons vu plus haut que c'est ce qu'elle a fait[1] pour les portions de routes délaissées par suite de nouveaux tracés. Je sais bien que les lois ne peuvent pas tout faire et qu'il faut que nous nous aidions un peu. Nous ne sommes pas pour rester perpétuellement en tutelle. Mais je sais aussi qu'il y a beaucoup de ménagements à garder avec les intérêts privés, dans une matière aussi délicate. J'y crains moins le trop que le trop peu. On est assez porté à donner tort à l'expropriation, et il est vrai qu'elle a bien quelque chose à se faire pardonner. Je voudrais qu'on s'y soumît plus volontiers, et qu'on l'acceptât, quoiqu'on ne soit tenu que de la subir. Elle entrerait ainsi, de plus en plus, dans nos mœurs publiques; et je crois que nous devons le désirer, car elle a fait des merveilles en France depuis vingt-cinq ans. L'expropriation pour cause d'utilité publique est, assurément, l'un des leviers les plus puissants, l'une des plus grandes forces des États modernes.

NICIAS-GAILLARD.

[1] L. 24 mai 1842.

Digitized by Google

DE LA PUBLICATION DES FAUSSES NOUVELLES OU PIÈCES FAUSSES.

(ARTICLE 15 DU DÉCRET DU 17 FÉVRIER 1852.)

Par M. AMB. VENTE, substitut à Beauvais.

SOMMAIRE.

Préliminaires, nos 1 à 7.
SECTION I. — Du mode de publication ou reproduction, n° 8.
§ 1. — L'art. 15 n'est-il applicable qu'à la presse proprement dite? nos 9 à 20.
§ 2. — Est-il nécessaire que la publication ait lieu par l'un des moyens prévus en la loi de 1819? nos 21 à 35.
SECTION II. — La mauvaise foi est-elle une condition essentielle du délit? nos 36 à 41.
Des nouvelles reproduites sans réserves, nos 42 à 43.
Des nouvelles reproduites avec réserves, n° 44.
Des nouvelles officielles inexactes, n° 45.
Des nouvelles données sous forme de démentis, n° 46.
De l'inexactitude provenant de cas fortuit ou de force majeure, nos 47 à 50.
SECTION III. — La loi punit-elle indistinctement toute espèce d'inexactitude, sans en rechercher la nature, l'importance ou le caractère public ou privé?
§ 1. — De la nature de l'inexactitude.
Qu'est-ce qu'une nouvelle fausse? n° 51.
De la fausseté des détails accessoires, n° 52.
De l'appréciation inexacte d'un fait vrai, nos 53 à 56.
Qu'est-ce qu'une pièce fausse, falsifiée, mensongèrement attribuée à un tiers? n° 57.
Distinction à faire entre le délit prévu par l'art. 15 et la contravention prévue par l'art. 19 du décret, nos 58 à 59.
Du cas où la pièce fausse est falsifiée par le publicateur lui-même en copie, en original, n° 60.
De l'attribution mensongère d'une pièce fausse au chef de l'État. — Qualifications diverses, n° 61.
§ 2. — De l'importance de la fausse nouvelle ou pièce fausse, nos 62 à 66.
§ 3. — De leur caractère public ou privé, nos 67 à 69.
SECTION IV. — Le décret du 17 février, et spécialement l'art. 15, permettent-ils d'admettre le bénéfice des circonstances atténuantes? nos 70 à 74.

1. Le mensonge qui, par lui-même, est toujours un acte immoral, devient en outre un délit lorsqu'il cause un préjudice à la société, lorsqu'il crée un danger pour elle. Je ne veux point démontrer une vérité aussi élémentaire, mais seulement indiquer par quelles causes un délit de cette nature, le délit de

Digitized by Google

publication de fausses nouvelles, non écrit dans nos lois jusqu'à ce jour, y a pris une place si tardive. C'est, d'une part, qu'il n'emprunte de gravité qu'à l'étendue et à la facilité de sa propagation; de l'autre, qu'il est presque impossible de le formuler, sans tomber dans cette insuffisance de rédaction qui assure l'impunité, ou dans cette rigueur qui touche à l'injustice.

2. Chacun sait qu'avant la Révolution de 1789, les communications étant lentes, incertaines, et souvent entravées, le prix des imprimés étant exorbitant, l'ignorance des peuples encore grossière, et les préoccupations de la vie publique à peu près nulles, la Presse, le journalisme même n'avaient qu'une publicité fort restreinte [1]. Le mensonge pénétrait donc difficilement dans toutes les classes de la population. Renfermé dans quelques cercles peu nombreux, s'il n'était point tout à fait sans danger, au moins ce danger n'atteignait point encore d'une manière directe ou évidente le gouvernement et la société. 89 arriva, avec son cortége de biens et de maux. Mille abus l'avaient préparé sans doute. Je ne crois pas cependant qu'il soit inutile de faire observer qu'à ce moment la presse devenait quotidienne, ni téméraire d'ajouter qu'entre les mains des fauteurs de cette révolution, le mensonge, la calomnie, les nouvelles fausses, les suppositions de pièces ont été un instrument puissant de propagande pour entraîner l'esprit des peuples, et les pousser à un soulèvement dont on ne calculait pas les suites. Ce n'est point dans les temps pleins de licence qui suivirent la chute de la monarchie qu'on eût songé à faire un crime du mensonge à ceux qui ne soutenaient leur œuvre que par le mensonge. Sous l'Empire, il eût été superflu d'inscrire dans les lois rigoureuses du temps un délit auquel le rétablissement de la censure ne permettait même pas de se produire.

3. Mais l'Empire avait à peine fait place à la Restauration, que ce flot de calomnie qui depuis n'a cessé de miner jusqu'à leur ruine complète les institutions et les hommes politiques, s'élevait contre le nouveau gouvernement. C'est alors, et sous la pression des dangers du moment, qu'intervint la loi du 9 novembre 1815, dont l'article 8 est le premier germe de l'incrimination qui nous occupe.

[1] Voir l'ouvrage que M. Paul Dupont vient de publier sur l'histoire de l'imprimerie.

Digitized by Google

« Sont coupables d'actes séditieux, dit la loi, toutes per-
» sonnes qui répandront soit..... soit des nouvelles tendant à
» alarmer les citoyens sur le maintien de l'autorité légitime, et
» à ébranler leur fidélité. » Elle n'exigeait pas que le délit eût été commis publiquement [1], ni que son auteur eût agi de mauvaise foi [2]. Les lois de 1819, 1822, 1828, 1835 n'ont point rappelé cette disposition. Peut-être n'était-il point dans la nature du régime parlementaire de supporter tout d'abord cette entrave au droit de tout dire. Qui pouvait prévoir alors le mal énorme qu'engendrerait le mensonge organisé en système politique? Trente ans d'expérience ne l'ont que trop enseigné depuis, et c'est à une Assemblée républicaine qu'il a été réservé de comprendre toute l'étendue de ce danger et d'y chercher un remède.

4. La loi du 27 juillet 1849 décrétée par l'Assemblée législative, a créé le délit de fausses nouvelles. L'article 4 du projet de loi était ainsi conçu : « La publication de nouvelles
» fausses, de pièces fabriquées et falsifiées, de lettres menson-
» gèrement attribuées à des tiers, faite de mauvaise foi et avec
» intention de troubler la paix publique, sera punie de..... »

La commission l'amenda en ces termes : « La publication ou
» reproduction faite de mauvaise foi, de nouvelles fausses, de
» pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à
» des tiers, lorsque ces nouvelles seront de nature à troubler la
» paix publique, sera punie d'un emprisonnement d'un mois à
» un an et d'une amende de 50 fr. à 1,000 fr. » Et le rapport motivait ainsi cette nouvelle disposition : « La publication de
» pièces fausses ou de fausses nouvelles, réprouvée par les
» règles de la morale, n'avait pas dû être classée parmi les dé-
» lits dans une organisation politique où elle restait sans in-
» fluence sur les pouvoirs de l'État qui constituaient le gouver-
» nement. Mais dans une société où les droits politiques
» appartiennent à tous, la publication de pièces fausses peut
» exercer une influence capable de fausser dans son principe
» la souveraineté populaire qui n'a pas le moyen de la con-
» trôler [3]. » La distinction qu'invente le rapport de la commission nous paraît être radicalement fausse, mais comme elle

[1] Chassan, *Traité des délits de la presse*, t. I, p. 42 et 44. — Cassation, *Bull. crim.*, 1816, n° 85, p. 211.

[2] Chassan, *Supplément* audit *Traité*, p. 93.

[3] Duvergier, *Collection des lois*, 1849, p. 248, note 4.

Digitized by Google

est d'intérêt exclusivement politique, nous n'insisterons pas sur ce point. Ce n'est point ici le lieu de démontrer que la publication de nouvelles ou de pièces fausses est un danger pour tous les gouvernements sans distinction d'origine, et que l'incrimination d'un tel fait est et sera toujours d'ordre public. Dans une circulaire que M. Dufaure, alors ministre de l'intérieur, adressait aux préfets le 1er août 1848, il expliquait d'une manière bien plus juste et bien plus satisfaisante, suivant nous, la cause et la portée de la nouvelle loi : « Depuis quelques mois, » disait-il, ces moyens ont été trop souvent employés. On a » publié ou reproduit de prétendues dépêches télégraphiques, » des lettres fausses ou renfermant des détails mensongers et » calomnieux, cherchant ainsi à soulever la haine contre le » gouvernement et à fomenter des séditions. Vous veillerez à » ce que ces actes si dangereux ne se produisent pas impunément. Sous la dénomination de correspondance particulière, » les journaux des départements publient fréquemment des » nouvelles fausses ou controuvées, dont les journaux de » Paris n'oseraient assumer la responsabilité, et qui presque » toujours ne sont l'objet d'aucun démenti. Dans les moments » où l'ordre est menacé, ce moyen est l'un de ceux auxquels la » malveillance a le plus souvent recours [1]. »

5. On avait espéré que cette loi suffirait aux besoins de la répression, mais le contraire apparut bientôt et d'une manière évidente. Bonne en principe, elle était en fait presque inapplicable. Dans l'espace de deux années et plus qu'elle resta loi, nous n'avons pu, malgré toutes nos recherches, en trouver qu'un seul cas d'application. Les raisons s'en découvrent facilement. D'abord, le délit n'existait que lorsque la publication ou reproduction avait eu lieu par l'un des moyens de publicité énoncés en l'article 1er de la loi du 17 mai 1819. C'était soustraire aux dispositions de la loi la classe des moyens clandestins de propagation, les plus usités, on ne peut le nier, en cette matière. Il est vrai que l'article 4 pouvait encore atteindre la presse proprement dite, mais on sait qu'à l'égard de celle-ci, l'action du ministère public était alors entravée par des formalités tellement multipliées, que le plus souvent l'exercice en devenait impossible. Ensuite, la loi de 1849 exigeait que le fait eût été

[1] Dalloz, 1849, 3, 90.

Digitized by Google

commis de mauvaise foi, circonstance non point aggravante, mais bien constitutive du délit. Or comment prouver la mauvaise foi d'une fausse publication, c'est-à-dire comment prouver que le gérant d'un journal connaît la fausseté du fait ou de la pièce qu'il publie? La preuve n'en était guère possible qu'avec l'aveu du prévenu. Les journaux avaient mille ruses pour dissimuler la mauvaise foi. Ainsi la presse parisienne envoyait à la presse étrangère les mensonges qu'elle n'osait enregistrer de son chef. Ces mensonges d'abord inconnus du pouvoir ne recevaient aucun démenti, puis ils étaient reproduits par nos journaux, comme si ceux-ci en eussent ignoré l'origine et le caractère. Comment prouver leur mauvaise foi?

Ce n'était point encore assez pourtant. Outre les circonstances de publicité et de mauvaise foi, il fallait encore que la nouvelle fût de nature à troubler la paix publique, en sorte qu'on pouvait impunément répandre les faux bruits les plus propres à déconsidérer le pouvoir, son chef et les corps constitués, du moment que ces bruits n'avaient pas pour résultat immédiat et possible de troubler la paix publique. On soutenait même alors qu'il fallait que la mauvaise foi se rattachât non point seulement au fait, mais aux conséquences mêmes de la publication, au trouble possible de la paix publique. Ce système fut condamné par la Cour de cassation, qui décida qu'il suffisait que la mauvaise foi accompagnât le fait de la publication de pièces fausses [1].

6. Il n'est donc point étonnant que la loi de 1849 n'ait point produit tout l'effet qu'on croyait en pouvoir attendre. Bientôt la licence du journalisme atteignit et dépassa toutes les bornes, et le décret du 17 février 1852 dut mettre à tant d'abus un frein que sa nécessité rendait légitime. C'est ce qu'exprimait fort bien M. le ministre de la police générale dans une circulaire du 30 mars 1852 : « . . . Le gouvernement, tout en réservant une » liberté légitime à l'expression des opinions et aux manifes- » tations de l'intelligence, a voulu sauvegarder la société contre » les abus et les excès qui tant de fois l'avaient mise en péril. » Il a fait la part du droit et celle de l'ordre. Il a considéré la » mission de la presse comme une haute fonction qui ne devait » s'exercer qu'au profit des intérêts sérieux, et qui, si on vou-

[1] Cassation, 6 décembre 1850. — Cour d'assises de la Seine, 18 novembre 1850. — Morin, *Journal de Droit criminel*, 1853, p. 233, n° 5545.

Digitized by Google

» lait en abuser pour soulever les passions et réveiller les mau-
» vais instincts, devait rencontrer dans la loi des obstacles in-
» surmontables. En agissant ainsi, le gouvernement a donné
» satisfaction aux réclamations des gens honnêtes, et il n'a
» paru sévère qu'à ceux qui, de la presse, voulaient se faire une
» arme destructive de l'organisation sociale[1]. »

L'article 15 de ce décret réglemente la matière qui nous occupe spécialement. Il est ainsi conçu : « La publication ou la
» reproduction de nouvelles fausses, de pièces fabriquées, fal-
» sifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers, sera punie
» d'une amende de 50 à 1,000 francs. Si la publication ou repro-
» duction est faite de mauvaise foi, ou si elle est de nature à
» troubler la paix publique, la peine sera d'un mois à un an
» d'emprisonnement et d'une amende de 500 à 1,000 francs. Le
» maximum de la peine sera appliqué, si la publication ou re-
» production est tout à la fois de nature à troubler la paix pu-
» blique et faite de mauvaise foi. »

7. Malgré l'apparente simplicité du texte, cet article 15 a déjà soulevé de graves difficultés, que nous allons examiner successivement. La jurisprudence a eu à se demander déjà :

1° Quels sont les modes de publication ou de reproduction que veut atteindre la loi?

2° Si la mauvaise foi est toujours une condition essentielle du délit?

3° Si la loi punit indistinctement toute espèce de mensonges ou d'inexactitudes, sans en rechercher la nature, l'importance, le caractère public ou privé?

4° Si elle permet d'admettre le bénéfice des circonstances atténuantes?

SECTION I.

Du mode de publication ou reproduction.

8. L'article 4 de la loi du 27 juillet 1849 punissait le délit de publication de fausses nouvelles et de fausses pièces, lorsqu'il était commis par la parole aussi bien que par la voie de la presse, si ces moyens étaient accompagnés de l'une des circonconstances de publicité énoncées en l'article 1er de la loi du 17 mai 1819. Cet article a été abrogé par l'article 15 précité.

[1] Dalloz, 1853, 3, 44.

Digitized by Google

Suivant nous, ce dernier article, comme celui qu'il remplace, atteint tout mode de publication ou reproduction, quel qu'il soit, la parole, le dessin, l'affiche, le geste comme l'écrit manuscrit ou imprimé, livre ou journal. Et de plus, il n'est pas besoin que ce mode de publication ou reproduction soit accompagné de l'une des circonstances de publicité énoncées en l'article 1er de la loi de 1819, car, ce qui est punissable, c'est la publication faite de la fausse nouvelle, et non le mode de publicité auquel on a recours pour la faire. Nous reviendrons plus loin sur cette distinction.

9. Cette doctrine n'est point acceptée par tout le monde ; les uns ont prétendu que le décret de 1852 n'atteignait que le délit commis à l'aide de la presse périodique ou non périodique, le délit commis à l'aide d'autres moyens restant ou impuni ou régi par l'article 4 de la loi de 1849. D'autres ont reconnu qu'il s'appliquait à tout mode de publication, mais sous la condition essentielle que le fait eût lieu par l'un des moyens énoncés en la loi de 1819. Examinons ces différents systèmes.

§ 1. — L'article 15 du décret de 1852 n'est-il applicable qu'à la presse? Ou bien l'est-il à tout moyen quelconque de publication, à la parole, par exemple?

10. Les partisans du premier système[1] disent[2] : « Le décret » du 17 février 1852 est intitulé : *Décret organique sur la presse.* » La rubrique de ses chapitres n'énonce que des dispositions » concernant les journaux et les autres écrits produits par la » presse. Donc, c'est à la presse seule, périodique ou non, qu'il » peut être appliqué. Il est vrai que l'article 25 de ce décret dit » expressément que tous les délits commis par l'un des moyens » énoncés en l'article 1er de la loi de 1819 seront poursuivis » devant les tribunaux correctionnels ; mais il suffit, pour dé- » truire l'objection qu'on pourrait tirer de cette circonstance, » de remarquer que cette disposition est purement attributive » de juridiction ; qu'elle ne précise et ne qualifie point des faits

[1] Nancy, trib. crim., 26 mars 1853. Dalloz, 53, 3, 47. — Avesnes, 13 août 1853. Dalloz, 53, 2, 237, et à la note. — Quimper, 3 mars 1854. *Bull. crim. de cassation*, 1854, n° 125, p. 213. — Strasbourg, 12 août 1854. *Gazette des tribunaux*, 19 août.

[2] Je transcris presque littéralement le jugement du tribunal de Nancy, qui est de tous le plus savamment motivé, et dont l'argumentation, un peu subtile, ne saurait être résumée sans inconvénient.

Digitized by Google

» pour les ranger dans telle ou telle classe de délits ou contra-
» ventions.

» La construction de l'article 15 le démontre également. Ces
» mots : « La publication ou la reproduction de fausses nou-
» velles » forment, dans la première et dans la seconde phrase,
» le sujet du verbe qui est au singulier. N'est-ce point la preuve
» qu'ils sont employés dans un sens analogue, comme expri-
» mant des faits dérivés de la même source, en sorte que l'ac-
» ceptation bien certaine de l'un doit déterminer le sens de
» l'autre? Or, le mot *reproduction* ne pouvant incontestablement
» s'entendre ici que d'un acte matériel, c'est-à-dire d'un acte
» de la presse, le mot *publication*, qui y est joint d'une manière
» corrélative par la particule *ou*, doit s'entendre aussi en bon
» français d'une publication par la voie de la presse. Cette con-
» séquence, loin d'être atténuée, se trouve au contraire fortifiée
» par le rapprochement de l'article 4 de la loi de 1849 dans le-
» quel on essaye en vain de puiser une objection résultant de ce
» que les mots « publication de fausses nouvelles » s'y trouvaient
» déjà et s'y entendaient, dit-on, de la publication par la parole
» aussi bien que par la presse. En effet, sans s'attacher à établir
» que cette dernière assertion n'est qu'une erreur démontrée
» par la construction de la phrase et par le fait que cette loi,
» s'occupant tout à la fois des délits commis par la parole et par
» la presse, renvoie dans les articles 2 et 3 qui traitent des dé-
» lits de la parole à l'article 1er de la loi de 1819 pour en déter-
» miner le caractère de publicité, tandis que, dans l'article 4
» relatif à la publication ou reproduction de fausses nouvelles,
» il n'est pas question de cette loi de 1819, ce qui prouve que
» dans ledit article 4, il ne s'agit plus que d'un fait de presse;
» toujours est-il que cet article a été complétement remanié et
» modifié par l'article 15 du décret de 1852; que par cela même
» il se trouve rapporté et réduit à l'état de lettre morte; qu'en
» un mot il est abrogé, ainsi que le dit au surplus le ministre de
» la justice dans l'instruction qu'il a adressée aux procureurs
» généraux touchant l'exécution de ce décret... L'extrême sé-
» vérité de ce décret de 1852, qui, dans le cas où la fausse nou-
» velle est publiée de mauvaise foi et de nature à troubler la
» paix publique, exclut toute admission de circonstances atté-
» nuantes, démontre encore que l'intention du législateur n'a
» pu être d'atteindre la fausse nouvelle hasardée par la parole,

Digitized by Google

» d'autant plus que la loi, ne distinguant pas entre la nouvelle » d'intérêt public et celle d'intérêt privé, si le mot publication » devait s'entendre aussi de la publication par la parole, il s'en » suivrait nécessairement qu'un récit fait de bonne foi, n'im- » porte où et comment, d'une nouvelle fausse, d'un intérêt pu- » rement privé, à plusieurs personnes, constituerait sans l'om- » bre de nécessité et contre toute raison, un délit sévèrement » puni; conséquence qui avertit suffisamment que le législa- » teur s'est ici arrêté sur la limite de l'intérêt d'ordre public » auquel il voulait pourvoir, c'est-à-dire qu'il l'a restreinte à la » presse périodique ou non périodique, laissant la parole sous » l'empire du droit commun et des lois répressives qui le con- » cernent spécialement. »

A l'appui de cette théorie, on invoque l'autorité des circulaires adressées par le ministre de la justice aux procureurs généraux [1], et par le ministre de la police générale aux préfets [2], en exécution de la loi. M. le ministre de la justice disait : « Les » articles 14 à 24 s'appliquent non-seulement aux journaux, » mais encore à tout autre moyen de publication. » Ce qui ne peut évidemment s'entendre, dit le jugement, que d'un moyen de presse, et signifie la publication par la presse périodique ou non périodique.

Le ministre de la police générale était plus explicite : « ... La » pensée du décret organique de la presse ne saurait être mé- » connue. Le gouvernement, tout en réservant une liberté » légitime à l'expression des opinions et aux manifestations de » l'intelligence, a voulu sauvegarder la société contre les abus » et les excès qui l'avaient tant de fois mise en péril : il a fait » la part du droit et celle de l'ordre; il a considéré la mission » de la presse comme une haute fonction qui ne devait s'exercer » qu'au profit des intérêts sérieux, et qui, si l'on en voulait abuser » pour soulever les passions et les mauvais instincts, devait » rencontrer dans la loi des obstacles insurmontables. » Et plus loin : « L'article 15, en prononçant des peines contre ceux qui » auront publié de fausses nouvelles ou des pièces menson- » gères, établit une distinction importante entre la reproduction » simple et la reproduction de mauvaise foi, ou qui serait de

[1] 28 mars 1852. D., 52, 3, 11.
[2] 30 mars 1852. D., 53, 3, 44.

Digitized by Google

» nature à troubler la paix publique. Dans le premier cas, une » peine doit toujours être prononcée. Cette disposition pénale » a pour but de commander aux journaux, la prudence, la » réserve, la circonspection qui doivent être la règle essen- » tielle des organes de la publicité... »

Ainsi, « le titre du décret, son texte formel, la portée de ses » dispositions qui en révèlent clairement l'esprit, et l'opinion » nettement exprimée par deux ministres qui ont pris une part » importante à sa confection, tout concourt à établir avec certi- » tude que l'interdiction de publier de fausses nouvelles, ex- » primée dans l'article 15 de ce décret, ne s'applique qu'à la » presse. »

11. Malgré tant de raisons accumulées, la jurisprudence aujourd'hui s'accorde à repousser cette doctrine[1]. M. Achille Morin la regarde aussi comme inacceptable[2].

12. C'est qu'en effet et, quoi qu'en dise le jugement du tribunal de Nancy, on peut, sans violer contre toute raison le texte ni l'esprit de la loi, décider que le décret de 1852 s'applique bien réellement au délit de publication commis par la parole.

13. Il nous sera facile de démontrer combien sont peu fondés les arguments qu'on nous oppose.

Et d'abord, quant au texte. — On dit que le décret de 1852 est intitulé : *Décret organique sur la presse*, ce qui ne peut s'entendre que des journaux ou imprimés. Cette interprétation est certainement erronée. Qui ne sait, en effet, que dans la bouche du législateur, comme dans celle du magistrat et du jurisconsulte, le mot *Presse* a une signification beaucoup plus étendue? Que ces mots *Délits de la presse* ont toujours signifié « Délits commis à l'aide de la parole ou de l'écriture, comme à l'aide de la presse proprement dite? » Encore, pour être complète, l'extension que nous donnons à ces mots n'est-elle point suffisante, et nous devons ajouter que l'on range habituellement sous cette brève dénomination tous les délits prévus par certaines lois spéciales, celles de 1819, 1822, 1835, 1848, 1849, sans se préoccuper des moyens à l'aide desquels ils ont été com-

[1] Douai, 24 août 1853. D., 53, 2, 237. — Beauvais, 7 janv. 1854. — Auch, 4 mars 1854. — Gourdon, 31 mars 1854. — Carcassonne, 31 mars 1854. — Agen, 5 avril 1854. — Lyon, tribunal et cour. Dates non retrouvées. — Lyon, 28 octobre 1854. — Cassation, 28 avril 1854, déjà cité, — et 29 sept. 1854.

[2] *Journal de droit crim.*, 1853, art. 5545, p. 234.

Digitized by Google

mis, parole, écriture, affiche, colportage, emblèmes, journaux, presse périodique ou non : la pratique empruntant, pour la facilité de l'expression, le nom abrégé de Délit de la presse à la classe de délits que ces lois ont surtout, mais non pas uniquement, en vue de réprimer.

Ainsi le décret du 12 août 1848 est intitulé : « Décret relatif » à la répression des crimes et délits commis par la voie de la » presse[1]. » — La loi du 27 juillet 1849 : « Loi sur la presse[2]. » Et cependant, il suffit de parcourir ces deux lois pour se convaincre qu'elles spécifient même des délits commis par tout autre moyen de publication que la presse.—Qu'on ouvre le premier Code venu ; on y trouvera réunies ensemble toutes les lois que j'ai citées sous le titre de « Code de la presse, Lois sur la presse. » Le supplément à l'excellent Traité de M. Chassan sur les délits de la presse est intitulé : « Lois sur la presse, depuis le 24 février 1848[3]. »

14. Il n'est pas plus logique de se faire un argument de la rubrique des chapitres du décret de 1852. Sans doute celle des deux premiers chapitres ne parle que des journaux et écrits périodiques. Mais celle du troisième ne parle-t-elle pas des délits et contraventions non prévus par les lois antérieures, sans distinguer entre ceux imputables à la presse, ou tout autre moyen de publication? Ne trouve-t-on pas d'ailleurs dans le même chapitre des dispositions qui prouvent que le décret ne s'occupe point seulement des délits commis par la presse proprement dite? — L'article 25 parle expressément de ceux commis par tout autre moyen de publication[4]. On objecte que ses dispositions sont purement attributives de juridiction, qu'elles ne qualifient point des faits, pour les ranger dans telle ou telle catégorie de délits. Cela est vrai, mais il n'en résulte pas moins, comme l'a reconnu la Cour de cassation (arrêt du 8 avril), que le législateur n'a point dans ce décret exclusivement fixé son attention sur les faits de presse proprement dits. L'article 22 le

[1] *Bull. des lois*, n° 60, p. 204.

[2] *Bull. des lois*, 1849, n° 189, p. 109.

[3] De même des ouvrages de MM. Garnier-Dubourgneuf, de Berny, Beaudoin, Pegat, Celliez, Jacob et Duboy; des traités spéciaux de Dalloz; de la jurisprudence du *Journal du Palais*.

[4] Art. 25 : « Seront poursuivis devant les tribunaux correctionnels : 1° les » délits commis par la voie de la presse ou tout autre moyen de publication » mentionné en l'art. 1er de la loi du 17 mai 1819..... »

Digitized by Google

prouve plus évidemment encore, puisqu'il fait une contravention spéciale de la publication non autorisée de gravures, médailles, emblèmes, de quelque nature et espèce qu'ils soient, qui ne peut se confondre avec un fait de presse.

15. Quant au texte même de l'article 15, que dire de l'argumentation dont il est la base?

« Le mot *publication* doit signifier, dit-on, publication par » la seule voie de la presse, parce qu'il est accompagné du mot » *reproduction*. Ces deux mots forment dans l'article 15 le sujet » du verbe qui est au singulier. Ils sont donc employés dans un » sens analogue. Or le mot *reproduction* ne peut incontestable- » ment s'entendre que d'un acte matériel, c'est-à-dire d'un acte » de presse. Donc c'est d'un acte de presse que doit aussi s'en- » tendre le mot *publication*. »

Ce raisonnement est tout à fait vicieux, car il est faux que le mot *reproduction* ne puisse s'entendre que d'un acte matériel, d'un acte de presse, et si quelque chose doit paraître incontestable, c'est assurément le contraire. Il est certain, en effet, que le mot *reproduction* s'applique aussi bien à la parole qu'à l'écriture, que la pensée peut se reproduire aussi bien par l'un que par l'autre mode.

16. Ce n'est point sans doute sans intention que le législateur de 1849 a ajouté le mot *reproduction* au mot *publication*, car le premier ne se trouvait pas dans le projet de loi primitif [1]. Mais il l'a fait dans un tout autre esprit. Les propagateurs de fausses nouvelles pouvaient tenter de s'excuser en alléguant qu'ils n'étaient pas les auteurs de la publication, lorsqu'ils ne faisaient que répéter la nouvelle colportée ou publiée par d'autres. On n'a point voulu leur permettre d'éluder la loi à l'aide de ce subterfuge, et c'est pour cela que le mot *reproduction* a été inséré dans l'article 4 de la loi de 1849. Le législateur de 1852 s'est approprié le texte et l'esprit de cette disposition. C'est ce qui résulte d'une note communiqué par le gouvernement aux journaux le 19 mai 1852 [2]. On voit donc par là combien est fragile sur ce point l'argumentation de nos adversaires.

[1] Duvergier, 1849, p. 248, n° 4.

[2] Note communiquée. — *Gazette des Tribunaux*, 19 mai 1852 : « Plusieurs » journaux, dans l'espoir de se soustraire aux peines prononcées contre les » auteurs de fausses nouvelles, emploient des périphrases ou des formes du-

Digitized by Google

17. Nous ne croyons pas que ce soit avec plus de raison qu'ils s'appuient sur les circulaires ministérielles. Il est vrai, et nous devons le reconnaître franchement, que celle de M. le ministre de la police générale donne à leur système une apparence de raison. C'est de la presse, et même de la presse périodique, des journaux seulement que cette circulaire paraît s'occuper.

Mais ce qu'il convient d'ajouter, c'est que M. le ministre de la police générale dit lui-même « que les dispositions du cha-» pitre 3 de ce décret rentrent presque en entier dans les attri-» butions du ministre de la justice, qu'il veut seulement attirer » l'attention des préfets sur quelques-unes de ces dispositions. » C'est que le même ministre renvoie, pour plus ample interprétation de ce décret, à la circulaire du garde des sceaux du 27 mars « dans » laquelle son collègue s'est principalement attaché à dévelop-» per l'esprit et la portée des dispositions de la loi, qui rentrent » dans les attributions de son département. » Or, que dit M. le garde des sceaux? « Les articles 14 à 24 s'appliquent non-» seulement aux journaux, mais aussi à tout autre moyen de » publication. L'article 15 contient des dispositions complètes » qui ont abrogé l'article 4 de la loi du 27 juillet 1849. » Le tribunal de Nancy répond, il est vrai, que les mots : « Tout autre moyen de publication » signifient « tout autre moyen de publication par la presse. » Mais à de pareilles objections il n'y a plus de réponse possible que d'en appeler au jugement de tous.

18. Le gouvernement a plusieurs fois manifesté son opinion sur ce point dans diverses notes insérées au *Moniteur* de 1852[1]. Le *Moniteur* du 30 mars 1854 contenait aussi cette note dont la portée est bien évidente[2] : « Le gouvernement fait recher-

» bitatives telles que : On *dit*, on *annonce*, pour répandre des bruits de di-» verse nature qui ne reposent sur aucun fondement.

» Ces formes, quelles qu'elles soient, ne laissant pas que d'accréditer de » fausses nouvelles, et n'étant qu'un subterfuge qui tend à rendre illusoire » l'article 15 du décret organique sur la presse, ne sauraient mettre les jour-» naux qui les emploient à l'abri des peines énoncées dans ce décret. »

[1] M. Morin (*ubi suprà*) atteste l'existence de ces notes, que malheureusement je n'ai pu retrouver.

[2] On pourra s'étonner peut-être de nous voir, dans le cours de ce travail, recourir fréquemment aux circulaires et notes émanées du gouvernement comme à une sorte de commentaire autorisé, ce qui est contraire, nous ne l'ignorons pas, aux principes admis par les auteurs en matière d'interpréta-

Digitized by Google

» cher, pour les livrer aux poursuites de la justice, les auteurs » et propagateurs de bruits calomnieux, répandus ces jours-ci » à la Bourse, et qui ont pu nuire à la réputation de maisons de » banque honorables. » Je ne pense pas qu'il entre dans la pensée de personne de soutenir que ces bruits fussent répandus à la Bourse autrement que par la parole.

19. Enfin l'esprit de la loi, dont s'emparent nos contradicteurs, est-il, comme ils l'affirment, contraire à notre doctrine? Ils disent que si le décret de 1852 était applicable à la publication ou reproduction par la parole, la rigueur de cette disposition en ferait une loi odieuse et tyrannique, puisqu'il s'ensuivrait « qu'un récit fait de bonne foi, n'importe où et » comment, d'une nouvelle fausse d'un intérêt privé, à plusieurs » personnes, constituerait sans nécessité et contre toute raison » un délit sévèrement puni. »

Nous verrons plus loin, d'un côté, que le législateur a certainement voulu garantir l'intérêt privé comme l'intérêt public contre les mêmes dangers; de l'autre, que sa volonté si rigoureuse qu'elle soit, comporte encore tous les tempéraments que la justice et l'équité peuvent commander. Disons seulement ici que raisonner comme on le fait, c'est critiquer la loi dans ses résultats, mais point en étudier ni en démontrer l'esprit. Bien loin que cet esprit de la loi, ou les principes généraux du droit contrarient notre doctrine, ils en sont le fondement le plus solide. S'il est de principe en effet, que la pensée soit libre et irresponsable, il n'en est point toujours de même de sa manifestation [1]. Libre tant qu'elle ne cause aucun dommage, cette manifestation devient coupable dès qu'elle nuit ou peut nuire à

tion doctrinale. Cet étonnement cessera si l'on observe que le décret de 1852 est l'œuvre du gouvernement, dont le chef concentrait alors entre ses mains tous les pouvoirs. Il est donc juste d'accorder à l'interprétation que lui-même a donnée de son œuvre au moins cette part d'autorité que l'on accorde habituellement aux documents officiels, rapports, procès-verbaux, instructions ministérielles qui accompagnent le texte de nos lois ordinaires. Cette interprétation n'est pas la loi, et n'oblige pas comme loi. Nous-même, on le verra plus loin, nous savons nous en écarter, quand elle nous paraît contredire ouvertement le texte ou le principe du décret. Mais cette réserve faite, quelle raison y aurait-il de préférer l'interprétation d'autrui à celle que le législateur lui-même donne de sa propre pensée?

[1] Voir sur ce point le Traité de M. Chassan, dont nous empruntons quelquefois même les expressions, parce que nous ne saurions mieux dire. T. I, nos 4 à 7, p. 2 à 6.

Digitized by Google

autrui ou à la paix publique. Or la parole est un mode de manifestation, un instrument de la pensée comme l'écriture, l'imprimerie et la gravure. Comme celles-ci, elle est une action : *Scribere est agere* [1], et comme toutes nos actions, elle tombe par sa nature sous le contrôle de la loi. Ce seul fait qu'elle peut nuire, « ce qu'on ne peut nier sans donner un démenti à l'évi- » dence et à l'histoire, » suffit pour justifier la légitimité d'une peine contre le mauvais usage de la parole. Toute la question est donc de savoir si la fausse nouvelle, dangereuse lorsqu'elle est publiée par la voie de la presse, ne l'èst plus lorsqu'elle est publiée par la voie de la parole. Le législateur de 1849 ne le pensait pas ainsi, nous l'avons vu. Est-il admissible que celui de 1852 eût répudié ces principes écrits dans toutes les lois, au moment même où le besoin de les consacrer était le plus impérieux? Plus la presse est sévèrement contenue, plus il est à craindre que la malveillance demande à la parole le moyen de propager ses calomnies. L'expérience de ces derniers temps a démontré que c'était surtout par la parole que se propageaient les faux bruits, les nouvelles controuvées; moyen plus prudent, car on ne peut avertir ni suspendre la parole, et d'un effet plus certain peut-être, parce que le mensonge du jour, colporté par une parole presque insaisissable, redoute moins le démenti du lendemain que le mensonge fixé par l'écriture qu'on retrouve pour le rectifier. Sans doute, au temps où la presse était sans frein et libre de tout dire, elle était plus dangereuse que la parole. Mais aujourd'hui le danger est déplacé, et c'est surtout dans la parole qu'il se concentre [2]. Est-ce le moment que le législateur aurait choisi pour dégager celle-ci de la responsabilité que les lois antérieures ont toujours fait peser sur elle? Il reste donc certain que l'esprit de la loi repousse la distinction qu'on veut introduire dans son texte, et que la publication d'une fausse nouvelle est punissable, quel que soit le mode de cette publication.

20. Il va de soi que le délit de publication ou reproduction de pièces fausses, falsifiées ou mensongèrement attribuées à un tiers tombe sous l'application du même principe. Le plus souvent, sans doute, cette publication ou reproduction aura lieu par

[1] Blackstone et les autres juristes cités par M. Chassan, *suprà*.
[2] Tel est l'un des considérants de l'arrêt d'Agen du 5 avril 1854.

Digitized by Google

la voie de la presse : c'est au moins dans la nature toute spéciale du fait incriminé. Mais le contraire peut se rencontrer. Ainsi une fausse proclamation peut être lue ou affichée sur une place publique. Il est évident qu'il y aura même raison de décider dans ce cas que dans l'autre.

§ 2. — Est-il nécessaire, pour qu'il y ait délit, que la publication ou reproduction ait lieu par l'un des moyens prévus par l'article 1er de la loi du 17 mai 1819?

21. Nous venons d'établir que le décret de 1852 n'est point seulement applicable aux délits commis par la presse proprement dite. Nous avons à démontrer maintenant que les modes de publication atteints par l'article 15 de ce décret ne sont point seulement ceux énoncés en l'article 1er de la loi du 17 mai 1819, mais encore tous moyens quelconques à l'aide desquels peut se produire la notoriété publique, que ces moyens soient eux-mêmes publics ou non publics. La Cour de cassation, par un arrêt tout récent et qui a dû frapper l'attention de tous, a condamné cette doctrine. Malgré le respect que nous professons pour sa haute juridiction, il nous est impossible de ne point critiquer sa décision. Elle détruit, suivant nous, toute l'économie de la loi. Le texte de ce décret, son esprit, son histoire, l'opinion manifestée par le législateur lui-même, tels sont les différents points qui nous serviront à le démontrer.

22. L'article 15 du décret de 1852 commence ainsi : « La » publication ou reproduction de fausses nouvelles..... » Il n'ajoute pas : « ... Par l'un des moyens énoncés en l'article 1er » de la loi du 17 mai 1819. » Cette omission signifie clairement, suivant nous, qu'il entend parler de tout moyen quelconque de publication ou de reproduction. Où la loi ne distingue pas, pourquoi distinguer? On objecte, et cet argument est le seul sur lequel s'appuie la Cour de cassation, qu'il n'y a point chez nous de délit de presse, s'il n'est commis par l'un des moyens de publicité énoncés en l'article 1er de la loi de 1819 ; que c'est là un principe qui domine et régit toute notre législation sur la presse; qu'il n'y peut être dérogé par une loi spéciale, telle que le décret de 1852, à moins d'une disposition expresse que ce décret ne contient pas. Mais là précisément se trouve l'erreur que nous voulons combattre. La circonstance de publicité n'est qu'un fait et non point un principe. Elle est

Digitized by Google

une exception à cette règle de droit commun que le délit existe dès qu'il y a fait répréhensible et dommageable à la société. L'exception, il est vrai, a été généralisée en cette matière au point d'absorber presque entièrement la règle commune, mais elle ne l'a pas détruite : nous l'établirons. Ce qu'on n'a point suffisamment observé, suivant nous, c'est que ce prétendu principe de la publicité ne domine pas nos lois de presse comme une règle de droit non écrit, et pour ainsi parler de droit naturel en cette matière. Non. C'est au contraire l'article 1er de la loi de 1819 qui contient lui-même une disposition exceptionnelle, restrictive, une dérogation au droit commun, qui, comme toute dérogation, doit être limitée aux cas pour lesquels elle est établie : *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* Si ce principe était, comme on le dit, général et nécessaire, pourquoi l'aurait-on écrit et rappelé, non-seulement dans chaque loi de presse, mais encore dans chaque article de ces lois qui créent ou qualifient un délit? Tant qu'il a paru suffire aux besoins de la répression, le législateur a consenti à le maintenir et l'a écrit dans ses lois. La comparaison des textes le prouve. Presque tous ajoutent au délit qu'ils énoncent, ces mots en quelque sorte sacramentels : « Par l'un des moyens énoncés en l'article 1er de » la loi du 17 mai 1819 : » ainsi, dans cette même loi, les articles 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 14; dans la loi du 25 mars 1822, les articles 1, 2, 3, 4, 5, 10, 15; dans la loi du 29 novembre 1830, l'article 1; dans la loi du 9 septembre 1835, les articles 1, 2, 3, et d'autres par renvoi spécial; dans le décret du 12 août 1848, les articles 1, 2, 3, 4, 7; dans la loi du 27 juillet 1849, les articles 1, 2, 3, 8. Mais l'exception, telle qu'elle est formulée par l'article 1er de la loi de 1819, n'offre-t-elle plus qu'une garantie insuffisante, incomplète, la loi en restreint la portée, et rétrograde vers la règle commune. Les articles 6 de la loi de 1822, et 5 du décret de 1848 punissent les faits qu'ils prévoient commis *publiquement,* il est vrai, mais publiquement d'*une manière quelconque.* Il en est de même des articles 86 et 87 du Code pénal modifiés par la loi du 16 juin 1853. Enfin cette restriction est-elle, non plus seulement insuffisante, mais dangereuse ou impossible, les lois de la presse n'hésitent pas à la supprimer, et à punir le délit commis non-seulement en dehors des moyens prévus par l'article 1er de la loi de 1819, mais même en dehors de tout moyen de publicité. Ainsi des faits

Digitized by Google

d'enlèvement ou dégradation des signes publics de l'autorité (Loi 1822, article 5. — Décret du 12 août 1848, art. 6). Que devient, dans ce cas, le système de la Cour de cassation? Exigera-t-elle aujourd'hui, et contrairement à sa jurisprudence la plus constante, que ces derniers faits aient été commis à l'aide d'un des moyens énoncés en la loi de 1819, par cette seule raison que les lois de 1822 et de 1848 ne contiennent pas une dérogation expresse à la première?

Il résulte de l'exposition qui précède [1], que toutes les fois que la formule de renvoi à la loi de 1819 ne suit pas l'incrimination d'un fait de presse, le délit existe sans qu'il soit nécessaire qu'il ait été accompli par l'un des moyens énoncés en cette loi.

23. Il existe cependant une exception fort grave à ce principe, parce qu'elle se rattache précisément au délit même qui nous occupe. Cette considération que la Cour suprême n'a point abordée est la seule qui pourrait nous toucher. Nous l'exposons loyalement, car nous ne cherchons pas ici le triomphe d'une idée personnelle, mais celui de la vérité seule. On jugera de sa valeur et du mérite de nos explications.

L'article 4 du décret de 1849 qui a créé le délit, ne renvoie pas à la loi de 1819. En devra-t-on conclure qu'il s'appliquait à la publication faite par tout moyen quelconque? Je ne le crois pas. La bonne foi veut qu'on reconnaisse que la loi de 1849 a été votée sous l'influence de principes politiques tout différents de ceux qui nous régissent aujourd'hui, et l'on ne pourrait, je pense, sans subtilité, conclure des termes absolus de l'article 4 à l'application de cet article dans tout cas quelconque. Il est certain qu'en 1849 une Assemblée républicaine n'eût pas décidé ni même compris l'incrimination d'un fait de ce genre en dehors des principes de publicité posés en la loi de 1819. Soutenir le contraire, ce serait nier l'évidence. Or, voici l'objection. Si, de notre propre aveu, et malgré les principes exposés par nous, l'article 4 de la loi de 1849 ne punissait le fait de publication que lorsqu'il avait lieu par l'un des moyens prévus par la loi de 1819; si, d'autre part, l'article 25 du décret de 1852 n'est, sur le point tout spécial qui nous occupe,

[1] Je crois cette énumération complète. Mais en admettant qu'elle ne le fût point, je ne pense pas qu'il puisse s'y rencontrer une omission assez grave pour contredire la théorie dont elle est la base.

Digitized by Google

que la reproduction littérale de l'article 4, pourquoi donner aux deux articles, aux mêmes termes, aux mêmes mots une interprétation différente?

24. Nous répondons d'abord que l'article 15 du décret de 1852 n'a pas seulement reproduit les termes de l'article 4 de la loi de 1849, il l'a abrogé[1]. Cet article a de plus été décrété sous l'influence de principes politiques tout différents, sous l'empire d'autres nécessités d'ordre public. Sans doute, si l'article 4 fût resté en vigueur, les modifications introduites dans notre existence politique, les graves périls du moment n'eussent rien ajouté ou retranché au sens de ses dispositions. Il n'y aurait plus de lois, en effet, si les variations politiques en pouvaient changer la portée. Mais il ne s'agit pas ici d'une loi ancienne dont on veut modifier le sens. Il s'agit d'une loi nouvelle. Nous en recherchons l'esprit, et nous croyons très-fermement que deux législateurs dominés par des idées aussi différentes que l'ont été le législateur de 1849 et celui de 1852, ont très-bien pu ne pas attacher le même sens aux mêmes mots.

25. Il en devait être ainsi d'ailleurs. Qu'on se reporte au temps où le décret a été rendu. Dans l'intervalle qui sépare cette époque de la loi du 27 juillet 1849, le pouvoir avait été attaqué avec une violence et une mauvaise foi également inouïes. Les bruits les plus absurdes, les plus odieuses calomnies, tout était bon pour l'affaiblir ou le détruire. Quoique le délit existât à la condition d'être publiquement commis, la presse elle-même ne craignait pas de s'en faire l'agent le plus actif, protégée qu'elle était par la faiblesse et l'impuissance des lois qu'on aurait cru faites pour désarmer le pouvoir au profit de ses ennemis. A peine votée, la loi de 1849 n'opposait déjà plus à ces coupables manœuvres qu'une barrière impuissante. Après le 2 décembre, une loi plus sévère rendit à l'impartiale fermeté des tribunaux correctionnels la connaissance de ce délit, conféra à l'administration un droit de contrôle rigoureux sur la presse en lui donnant la faculté d'avertir, de suspendre, de supprimer même les journaux. Par là elle contraignit ceux-ci à la réserve et à la bonne foi. Il leur fallut céder. Mais le mensonge et la calomnie cédèrent-ils également? Non. Battus d'un côté, ils se retranchèrent d'un autre. C'est à la propagation clandestine qu'ils

[1] Circulaire du ministre de la justice citée plus haut.

Digitized by Google

demandèrent le moyen de survivre à leur défaite, et l'expérience de chaque jour démontre que ce moyen n'est pas moins dangereux que l'autre.

26. J'ai cité plus haut un jugement du tribunal de Beauvais, du 7 janvier 1854. Dans cette affaire, le prévenu avait rapporté, ce qui était faux, qu'un jeune soldat, originaire de cette ville, avait tiré sur la personne de l'Empereur et avait été lui-même tué immédiatement par son capitaine. Le prévenu ajoutait qu'il tenait cette nouvelle de la préfecture, où elle était arrivée par le télégraphe. Comment en douter? — La nouvelle intéressait évidemment l'ordre public. Elle était aussi d'intérêt privé, car elle avait vivement affligé la famille du jeune homme. Le prévenu ne l'avait point racontée à haute voix ni dans un lieu public, mais il l'avait rapportée à plusieurs personnes séparément. Cependant, en peu de jours, toute la ville en était instruite et s'en préoccupait. Ce mensonge n'avait-il point atteint le même résultat que s'il eût été publié par l'un des moyens énoncés en la loi de 1819? Le prévenu fut acquitté cependant parce que la publication n'avait pas eu lieu conformément à cette loi.

Sans nous occuper du fait, il nous semble qu'en droit les magistrats ont fait une confusion regrettable des principes différents qui dominent les lois ordinaires de la presse et le décret de 1852. Comme nous l'avons dit, ce n'est pas sans intention, mais bien pour obéir à une nécessité d'ordre public que le décret de 1852 s'est servi de ces seuls mots : « La publication ou reproduction de fausses nouvelles..... » sans y ajouter comme toutes les lois de la presse les mots : « .... par l'un des moyens énoncés en l'article 1er de la loi de 1849. » Et ce texte de la loi nous paraît être la reproduction exacte de son esprit.

27. En soi, qu'est-ce que la publication? L'action de rendre public, notoire[1], ce qui peut se faire sans avoir recours aux voies de la publicité. Les lois de la presse nous en fournissent elles-mêmes la preuve. Elles parlent toutes de la seule publication par les moyens énoncés en l'article 1er de la loi de 1819. C'est donc qu'il existe d'autres moyens de publication. Il n'est point douteux, en effet, que l'individu qui rapportera la même nouvelle à un grand nombre de personnes n'aura pas moins rendu cette nouvelle publique, notoire, ne l'aura pas moins

[1] Dictionnaires de Rivarol, Bescherelle.

Digitized by Google

publiée, parce qu'il aura eu soin de ne la confier à chaque personne que séparément et individuellement. Il aura atteint le même but et suscité les mêmes dangers en agissant ainsi que s'il avait répandu sa nouvelle à haute voix et dans un lieu public. Ce danger sera moins imminent, moins immédiat peut-être, mais il n'en sera que plus difficile à prévenir. Et la loi sévère et rigoureuse dans le premier cas resterait muette et désarmée dans le second! Son imprévoyance serait vraiment inconcevable. Il n'en est point ainsi, et le législateur lui-même s'en est expliqué.

28. Nous ne pouvons, il est vrai, invoquer ici les notes insérées au *Moniteur* en 1852 et rappelées par M. Morin, parce qu'il nous a été impossible d'en retrouver le texte. Mais en voici une autre qui est plus récente et qui est évidemment favorable à l'interprétation que nous donnons. Elle est ainsi conçue : « Le » Gouvernement a prévenu plusieurs fois le public qu'il n'ac- » ceptait en rien la responsabilité des nouvelles transmises par » la correspondance télégraphique. Pour compléter ces avertis- » sements réitérés, M. le ministre de l'intérieur fait connaître » que la plus grande latitude est laissée aux transmissions télé- » graphiques. Mais en même temps le public est prévenu que » des ordres sévères sont donnés pour signaler à l'autorité judi- » ciaire toutes les dépêches qui paraîtraient fausses et de nature » soit à troubler la paix publique, soit à favoriser des spécu- » lations illicites[1]. » L'ordre a été, en effet, transmis aux préfets de veiller avec une sollicitude toute particulière sur les dépêches de cette nature, et de déférer aux tribunaux toute dépêche privée qui pourrait donner lieu à des poursuites judiciaires. Or, qu'on le remarque bien, ce que le gouvernement ordonne de poursuivre, ce n'est point la dépêche rendue publique, mais seulement celle confiée au télégraphe. Le gouvernement voit dans le seul fait de la remise au bureau télégraphique d'une dépêche contenant une fausse nouvelle un fait de publication ou reproduction. Et cependant il n'y a là ni parole proférée dans des lieux publics, ni écriture ou imprimé, vendu, distribué, mis en vente ou exposé dans les mêmes lieux, comme le voudrait l'article 1er de la loi de 1819. Je ne me sers pas de cette note pour dire que le délit de publication existe dans ce seul

[1] *Moniteur*, 1er février 1854.

Digitized by Google

fait, car je crois que la simple remise de la nouvelle, si la distribution en est arrêtée, ne constitue que la tentative de délit qui n'est pas punissable, et que le délit lui-même n'existerait que si cette remise avait été suivie de transmission à des particuliers, en telle sorte que la nouvelle eût pu être connue du public. — Mais je m'en sers, et avec raison[1], je crois, pour établir que dans la pensée du gouvernement le fait de publication est punissable, même lorsqu'il n'a pas été commis publiquement.

29. Si nous recherchons quelles sont sur ce point les tendances de la jurisprudence, nous voyons que cette question a déjà occupé les tribunaux et qu'elle les divise.

Le tribunal de Beauvais a décidé formellement qu'il n'y avait délit que si la publication avait lieu par l'un des moyens énoncés en la loi de 1819. Sur l'appel, l'acquittement du prévenu a été maintenu, mais par des raisons de fait. L'arrêt d'Agen adopte implicitement cette doctrine[2]. Au contraire, les tribunaux de Gourdon, de Carcassonne, de Lyon, et la Cour impériale de Lyon, sans s'expliquer sur le point de droit, ont appliqué le décret dans des circonstances certainement exclusives de la publicité voulue par la loi de 1819[3]. La Cour de Douai dit formellement qu'en ne déterminant pas les modes de publication qu'il atteint, le décret de 1852 les embrasse tous[4]. C'est dans le même sens que fut rendu l'arrêt de la Cour de Paris dans l'affaire dite des correspondants étrangers. Le tribunal de première instance avait écarté le chef de publication de fausses nouvelles comme non judiciairement établi[5]. La Cour a maintenu la prévention dans son arrêt du 28 mai suivant[6]. Le sieur Aubertin,

[1] Voir la note 2 du n° 18 ci-dessus.

[2] De même du jugement de Strasbourg, déjà cité, dans la partie subsidiaire du dispositif.

[3] J'ai donné plus haut la date de ces jugements ou arrêts qui sont inédits, mais dont je dois la communication à l'obligeance de mes collègues. — Encore en ce sens, tribunal de Wissembourg, 27 juin 1854; *Gaz. des trib.*, 19 août. — Depuis que ce travail est terminé, la Cour de Lyon, par un arrêt du 28 octobre 1854, vient de se ranger à la doctrine de la Cour de cassation. Nous ne nous dissimulons pas l'importance d'une telle défection, mais elle n'ébranle pas la foi que nous avons dans notre système.

[4] Douai, *loc. sup. cit.*

[5] Tribunal de la Seine, 15 avril 1853. *Gaz. des trib.*, 16 avril.

[6] Paris, 28 mai 1853. *Gaz. des trib.*, 29 mai.

Digitized by Google

prévenu, avait expédié sur divers points de la France de nombreuses correspondances saisies depuis, soit dans les bureaux de la poste, soit dans des maisons particulières. Ces correspondances contenaient de fausses nouvelles. Il fut jugé à l'égard d'Aubertin que cet envoi constituait le délit de publication. Or la publication n'avait pas eu lieu par l'un des moyens énoncés en la loi de 1819, car ces lettres adressées à des particuliers n'avaient été ni vendues ni distribuées, ni mises en vente ni exposées dans des lieux ou réunions publics. Mais si le mode de publication n'était pas public, la publication n'en existait pas moins. Par le nombre des personnes à qui les fausses nouvelles avaient été confiées, ces nouvelles avaient été réellement rendues notoires, publiques, c'est-à-dire publiées, sinon dans le sens restreint de la loi de 1819, au moins dans le sens ordinaire du mot.

30. On voit qu'à la suite des graves autorités que nous citons, nous pouvons, sans encourir le reproche de témérité, contredire la doctrine que la Cour de cassation a consacrée par ses arrêts des 28 avril, 2 juin et 29 septembre 1854[1]. Peut-être, d'ailleurs, le dernier mot n'est-il pas dit sur cette question. Les deux avocats généraux, MM. Bresson et Renault d'Ubexi, ont conclu contrairement à la doctrine de ces arrêts, et il n'est point probable que sur une question aussi importante, le ministère public laisse, sans contestation, s'établir une jurisprudence qu'il regarde comme mal fondée[2].

31. Examinons enfin une dernière objection que soulève notre système. Elle tire sa source d'un sentiment trop respectable, elle émane d'esprits trop élevés pour ne point mériter un sérieux examen. Elle nous aurait déterminé nous-même, si nous l'avions jugée insoluble, à nous ranger à l'avis de la Cour de cassation.

Si la loi punit la publication d'une fausse nouvelle par la pa-

[1] Arrêt du 2 juin. *Droit*, 3 juin 1854. — Arrêt du 29 septembre, rendu, dit la *Gazette des tribunaux*, après longue délibération.

[2] Nos prévisions se sont réalisées. La Cour suprême, sur un nouveau réquisitoire de M. l'avocat général d'Ubexi, a modifié sa jurisprudence, et consacré, par son arrêt du 8 décembre dernier, la doctrine que nous soutenons ici. Nous ne pouvons, dans une note insérée après coup, examiner en détail les considérants de ce nouvel et important arrêt. Peut-être le ferons-nous plus tard dans un article additionnel. Le texte de l'arrêt précité se trouve dans la *Gazette des tribunaux* du 23 décembre 1854.

Digitized by Google

role, et sans considérer le moyen par lequel s'opère cette publication, ne va-t-elle pas aboutir à des résultats odieux et tyranniques?

Sera-ce un délit de tenir un propos, de rapporter une nouvelle à un ami, à un parent, dans un salon, dans une réunion de famille, d'amis ou de connaissances, réunions intimes et privées dont la loi a de tout temps respecté le caractère, « parce » que les écarts du langage n'y sont point dangereux et ne peu- » vent point troubler l'ordre public? » S'il en était ainsi, plus d'intimité possible, plus de confiance dans les familles, plus de liberté dans les relations sociales. « Ce qui se dit dans les » épanchements du cœur, que la conversation produit entre » deux amis, ne peut être considéré que comme des pensées. » « Il n'y a qu'une législation tyrannique qui puisse songer à » troubler les confidences de la conversation, et à transformer » en délits les simples écarts du langage[1]. »

32. On doit se rassurer. La loi n'a point cette portée qui serait injuste, et qui la rendrait inexécutable. Elle a une limite toute naturelle, qu'indiquent le bon sens et l'équité. Son action cesse où cesse le danger qui la motive. Il est bien évident qu'il n'y a point de délit si je ne tiens pas le propos, ou si je ne rapporte pas la nouvelle à un assez grand nombre de personnes pour qu'on puisse dire que, par mon fait, ils sont devenus publics, notoires; ou dans des circonstances telles qu'il en résulte la preuve certaine que j'ai voulu publier, et que j'y ai réussi pour ma part. Question toute de fait, et qui trouve sa solution, après tout, comme toutes les difficultés judiciaires, dans la conscience du juge.

33. Il est impossible de distinguer à l'avance et doctrinalement les cas dans lesquels le délit existera ou n'existera pas. Peut-être cependant peut-on indiquer quelques circonstances où la solution se révèle assez clairement, sauf, bien entendu, la réserve des présomptions contraires.

Je rencontre un ami, et dans la conversation je lui rapporte une nouvelle fausse. Je ne la publie pas. Mais j'en vais trouver plusieurs successivement[2], ou bien encore je m'adresse à des personnes que je ne connais pas, et que j'aborde sans motif, et

[1] Chassan, t. I, p. 34, n° 62.

[2] Ainsi que cela s'était passé dans l'affaire jugée par le tribunal de Carcassonne, 31 mars 1854.

Digitized by Google

je leur rapporte ce que je viens d'apprendre. Il est probable que je publie. Si je tiens le propos chez moi, je ne publie pas : si c'est dans la rue, je publie. Je suis dans un salon, entre amis ou personnes considérées comme telles : je parle, je ne publie pas. Quand je rapporte une nouvelle, la présomption que je publie est bien plus grave encore, si au lieu de la rapporter telle que je viens de l'apprendre, j'amplifie, si j'ajoute moi-même un mensonge à celui que je rapporte, si j'invente des autorités pour donner du crédit à ma nouvelle. Mais je l'ai dit : ces présomptions tombent devant les présomptions contraires, et s'il y a doute, si la preuve n'est point faite par le ministère public à qui elle incombera toujours, si le juge n'est pas convaincu, il acquittera.

34. Où donc est la gêne? où est la tyrannie? serait-ce parce que la loi commande une prudence et une réserve surhumaines? Non. Cette prudence, cette réserve doivent être celles de tout homme consciencieux et qui se respecte. N'en est-il pas de même déjà du délit de diffamation? Dire, même non publiquement, qu'un voleur a volé, qu'il a été condamné, ne sont-ce pas, quoique vrais, des propos diffamatoires[1]? S'excusera-t-on par la vérité du fait, par l'entraînement de la conversation? Non. La loi impose en cette matière une réserve difficile, mais juste et nécessaire. C'est la même réserve qu'elle exige en matière de propagation de fausses nouvelles. Rien de moins, il est vrai : sans quoi, elle déserterait la cause du pouvoir et de la société. Mais aussi, rien de plus : sans quoi elle serait vexatoire et tyrannique. Et c'est ainsi que nous nous trouvons amené à dire que cette seule objection disparaît en définitive et que notre doctrine se trouve justifiée sur tous les points.

35. Nous déciderons de même pour la publication ou reproduction de pièces fausses, falsifiées ou faussement attribuées à un tiers. Quand bien même cette publication n'aurait pas eu lieu par l'un des moyens prévus en la loi de 1819, vente, distribution, mise en vente ou exposition dans des lieux ou réunions publics, elle n'en constituera pas moins un délit dès qu'elle aura eu lieu. Ainsi, l'envoi de pièces fausses par la poste, s'il a

[1] Loi du 17 mai 1819, art. 20. Je ne pense pas qu'il soit nécessaire d'observer que la différence des peines et des juridictions ne diminue en rien la force de ce rapprochement. Cette différence prouve seulement que le fait prévu par l'article 20 est moins grave que celui prévu par le décret de 1852.

Digitized by Google

été assez considérable pour qu'on puisse décider que les pièces envoyées sont devenues publiques, notoires, sera passible de la peine portée en l'article 15 du décret de 1852. Il y aurait là une complète analogie avec les faits d'envoi de nouvelles fausses par l'intermédiaire de la poste sur lesquels a statué la Cour impériale de Paris dans l'affaire des Correspondants, que nous avons rappelée tout à l'heure. AMB. VENTE.

(*La suite à un prochain numéro.*)

DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT DANS LA DOCTRINE DE KANT.

ÉLÉMENTS MÉTAPHYSIQUES DE LA DOCTRINE DU DROIT,

Par Emmanuel KANT, traduit par Jules BARNI, agrégé de philosophie, docteur ès lettres,

AVEC UNE INTRODUCTION ANALYTIQUE ET CRITIQUE DU TRADUCTEUR.

Article de M. PAUL JANET, professeur à la Faculté des lettres de Strasbourg.

§ 1. — Définition du droit.

On peut considérer Kant comme le fondateur de cette partie de la science morale que les Allemands appellent la métaphysique du droit : il l'a du moins renouvelée avec une grande originalité. Avant lui, les écrivains avaient recueilli, il est vrai, soit dans l'histoire, soit dans la conscience morale des peuples, des principes de droit qui ne dépendent pas des législations écrites, et sont inhérents à la nature de l'homme et de la société : on avait réuni ces principes en un corps de science que l'on appelait le *Droit de la nature* et le *Droit des gens.* Mais on n'avait guère appliqué la critique philosophique à ces matières. Grotius, esprit puissant et étendu, avait plus d'érudition que de philosophie; il employa une méthode vigoureuse et un rare discernement à distribuer et à classer des faits innombrables; mais il manqua un peu de cette force qui établit et discute les principes[1]. Quant à Puffendorf, son plus célèbre dis-

[1] Leibnitz disait de lui, en regrettant l'imperfection du Droit naturel : « Tale aliquid potuisset ab incomparabili Grotii judicio et doctrina præstari, nisi illum multa distraxissent. » (*Leibn. oper.* Dutens, t. IV, p. 275.)

Digitized by Google

ciple, Leibnitz, excellent juge en ces matières, en faisait assez peu de cas; il lui reprochait de n'avoir exposé que des opinions populaires, et il résumait son jugement dans ces termes fort peu mesurés : *vir parùm jurisconsultus et minimè philosophus*[1]. Thomasius, autre écrivain du même temps, fut un jurisconsulte éminent : quelques-unes de ses idées eurent de l'influence sur l'esprit de Kant; mais c'est un écrivain scolastique et épineux dont la philosophie, selon Leibnitz, est sauvage et podagre, *sylvestris et archipodialis*[2]. Leibnitz lui-même jeta sur ces matières quelques-unes de ses intuitions vives et profondes : mais ce ne sont que des vues détachées qu'il ne réunit jamais en corps de doctrine[3]. Il ne faut point enfin oublier le célèbre Wolf qui réunit en système les idées éparses de Leibnitz.

On trouvera peut-être étrange cette expression de métaphysique du droit, et les jurisconsultes opposeront tout d'abord que le droit et la métaphysique sont deux choses incompatibles, qui ne peuvent que se nuire l'une à l'autre. S'ils entendent par là qu'il ne faut point introduire la métaphysique dans le droit pratique, que c'est une science d'expérience et non de spéculation, que la jurisprudence a bien assez de ses propres subtilités sans compliquer ses difficiles investigations par des subtilités d'un autre ordre, nous donnons les mains sans réserve à ces judicieuses assertions. Mais après avoir accordé que pour discerner ce qui est de droit dans les circonstances particulières, le bon sens vaut mieux que la métaphysique, il reste à décider si l'on interdira à l'esprit de chercher ce que c'est que le droit, d'analyser et de critiquer cette idée, comme il fait de toutes les idées fondamentales de la raison humaine. Nous avouons que cette recherche n'est pas du domaine de la jurisprudence, quoiqu'elle puisse avoir ses conséquence en jurisprudence; mais elle est du domaine de la philosophie.

Je suppose que l'on nie la possibilité d'une métaphysique du droit. Comment prouvera-t-on cette thèse? On établira sans doute que l'idée du droit n'est pas susceptible d'analyse et de démonstration. Mais pour établir cela, il faut discuter cette idée, et

[1] Dutens, t. IV. *Epist. ad restruorum VII.*

[2] *Ib.*, ép. 11.

[3] V. surtout *Monita quædam ad Sam. Puffendorfii principia*, Dut., t. IV, p. 275 et suiv., et les deux dissertations en tête de son *Code diplomatique*, p. 285 et suiv.

Digitized by Google

par conséquent faire de la métaphysique. On prouvera peut-être que tous les systèmes abstraits sur la nature du droit sont faux et arbitraires; mais peut-on le prouver sans suivre ces systèmes sur leur terrain, c'est-à-dire sans faire de la métaphysique? La métaphysique peut être positive ou négative, dogmatique ou critique; mais elle est inévitable, et soit qu'on affirme, soit qu'on nie, on est à son insu métaphysicien.

Il y a donc une métaphysique du droit, et Kant dit avec raison : « Le jurisconsulte pourra bien nous apprendre ce qui » est de droit (*quid sit juris*), c'est-à-dire ce que dans un cer- » tain lieu et dans un certain temps, les lois prescrivent ou ont » prescrit; mais ce que les lois prescrivent est-il juste aussi, et » quel est le critérium universel au moyen duquel on peut recon- » naître en général le juste et l'injuste? c'est ce qu'il ne peut sa- » voir s'il ne néglige pour un temps les principes empiriques, et » si (tout en se servant de ces lois comme d'un excellent fil con- » ducteur) il ne cherche la source de ses jugements dans la raison » pure, comme dans l'unique fondement de toute législation » positive possible. Une doctrine de droit purement empirique » peut être (comme la tête de bois dans la fable de Phèdre) une » fort belle tête, mais, hélas! sans cervelle[1]. »

Kant a surtout essayé de fixer la limite précise qui sépare le droit de la morale proprement dite, qu'il appelle l'Éthique, quoiqu'il embrasse ces deux sciences sous le titre commun de métaphysique des mœurs. Il y a, en effet, une idée commune qui domine l'une et l'autre de ces deux sciences : c'est l'idée de législation. Mais il y a deux législations : l'une morale, l'autre juridique, l'une interne, l'autre externe. De la différence de ces deux législations naît la différence de la morale et du droit.

Toute législation contient deux éléments : 1° une loi qui présente *objectivement* comme nécessaire l'action qui doit être faite; 2° un mobile qui joigne *subjectivement* à l'idée de la loi un principe capable de déterminer la volonté à faire cette action. Si le mobile de l'action n'est autre chose que la loi elle-même, l'action est *morale;* si c'est un autre mobile, par exemple l'inclination ou la crainte, elle est *légale.* La *moralité* est donc la conformité du motif de l'action avec la loi même : la *légalité* est simplement la conformité de l'action à la loi, quel que soit le

[1] Kant, *Élém. mét., Introd. à la doctr. du droit*, B., tr. fr., p. 42.

Digitized by Google

motif. Par exemple, une loi commande de tenir ses engagements. Celui qui obéit à cette loi, par cela seul qu'elle le commande, est un honnête homme; celui qui agit de la même manière, pour ne pas aller en prison ou ne pas compromettre son crédit, n'est pas honnête au point de vue de la morale; mais il l'est au point de vue du droit. Car, en droit strict, peu importe le motif qui le détermine, pourvu qu'il se conforme à la loi. On peut supposer une société où personne n'obéirait à la loi du devoir, et où cette loi serait strictement exécutée par la seule force de l'inclination ou de la crainte. Ce serait une société juridique ou légale, conforme aux principes du droit, mais non de l'éthique.

La morale ou l'Éthique embrasse à la fois les devoirs intérieurs et les devoirs extérieurs, car les uns et les autres peuvent être accomplis par le seul mobile du devoir. Au contraire, le droit ne s'applique qu'aux devoirs extérieurs, les seuls qui puissent être l'objet de la contrainte. L'un des caractères essentiels du droit, selon Kant, c'est qu'il ne s'applique qu'aux relations extérieures d'une personne avec une autre personne, en tant que les actions de l'une puissent médiatement ou immédiatement avoir de l'influence sur l'autre. Par exemple, si je pense aux avantages que pourrait me procurer le bien d'autrui, cette pensée peut être contraire à la règle morale; mais comme elle ne peut avoir aucune influence sur l'état d'une autre personne, ne la gêne en rien et ne la prive pas de la plus petite parcelle de ce qui lui appartient, cette pensée n'a rien de contraire au droit, ou, pour parler plus exactement, il n'y a rien là qui puisse donner naissance à un rapport de droit. Mais si je passe de la pensée à l'action, je rencontre alors un droit qui m'arrête, et me fait obstacle.

Un second caractère essentiel du droit, selon Kant, c'est qu'il consiste non dans le rapport du désir de l'un avec la volonté de l'autre, mais dans le rapport de deux volontés. Si vous désirez un objet qui m'appartient, soit pour soulager vos besoins, soit pour satisfaire une fantaisie, que je veuille ou que je ne veuille pas l'accorder, que je fasse de mon libre arbitre tel usage qu'il me plaira, il n'y a pas ici entre vous et moi de rapport de droit: si j'accorde, c'est par pure libéralité de ma part. Si je refuse, vous n'avez pas le droit de vous plaindre; car votre désir ni votre besoin ne vous donnent aucun droit sur une chose qui n'est pas à vous. Supposez, au contraire, que vous me fassiez une propo-

Digitized by Google

sition que j'accepte, il y a là deux faits : l'offre d'une part et l'acceptation de l'autre, qui ne sont point des désirs, mais qui sont l'une et l'autre les actes d'une volonté ou, comme s'exprime Kant, d'un arbitre. Cette rencontre de deux volontés donne lieu à un rapport de droit. C'est de là que naît le droit des contrats. Dans ce cas, il y a égalité et réciprocité entre les deux termes du rapport : mais il y a des cas où les deux arbitres sont dans un rapport d'inégalité, soit par une convention antérieure, soit par la nature des choses : cela arrive dans le rapport du mari et de la femme, du père et des enfants, du maître et des serviteurs; mais ce droit n'en réside pas moins, même en ce cas, dans le rapport de la volonté de l'un à la volonté de l'autre : c'est le droit domestique. Enfin il est des cas où le rapport de deux volontés n'est par actuel, mais possible. Par exemple, j'occupe un terrain, par un acte de ma volonté, dans l'absence de tout concurrent. Jusque-là il n'y a que l'acte individuel de mon libre arbitre : aussi jusque-là le droit de propriété n'existe-t-il qu'en puissance. En réalité, il n'y a qu'un fait d'appropriation non contesté, non contestable, et la notion de droit n'a pas lieu de s'appliquer. Elle n'intervient qu'au moment où plusieurs personnes se rencontrent et se reconnaissent réciproquement la possession légitime de certains domaines. C'est donc encore le rapport de deux ou plusieurs volontés, en tant qu'elles consentent ou ne consentent pas à se reconnaître les propriétaires du sol, qui donne lieu à débattre la question de droit. Tels sont les développements que nous croyons pouvoir donner à la pensée de Kant; car lui-même ne nous donne que des formules, qu'il faut interpréter comme on peut, semblable à ces grands mathématiciens qui livrent à la science de magnifiques théorèmes, dont ils ne prennent pas la peine de donner la démonstration.

Il reste à déterminer la nature de ce rapport d'une volonté à une volonté, qui donne naissance, selon Kant, à la notion de droit. Il ne faut pas considérer la *matière* de la volonté, mais sa *forme*, langage scolastique familier à Kant, et qu'il est nécessaire d'expliquer ici. La matière de la volonté, c'est le but qu'elle se propose; or peu importe que l'objet de mon libre arbitre soit l'acquisition d'un champ, d'une maison ou d'une somme d'argent; peu importe également le mobile qui me fait agir, soit l'intérêt personnel ou l'affection ou la crainte. Ce qui

Digitized by Google

fonde le droit, c'est la condition générale qui doit convenir à la fois aux deux volontés : cette condition, c'est la liberté. Ainsi, quels que soient les termes d'un contrat et les intentions des parties, il y a quelque chose d'essentiel au contrat, c'est la liberté des deux volontés contractantes acceptant réciproquement les chances et les risques de leurs conventions. Il en est de même dans le droit domestique. Car à quelle condition le père, le mari, le maître de maison a-t-il des droits sur ses subordonnés? C'est à la condition que l'arbitre de l'un s'accorde avec l'arbitre des autres, selon la loi d'une liberté commune et réciproque. Enfin mon droit sur les choses n'est également fondé qu'à la condition de ne pas porter atteinte à la liberté des autres hommes, de telle sorte qu'ils puissent comme moi s'approprier ce qui leur est nécessaire dans les mêmes circonstances.

Des considérations précédentes, Kant déduit cette formule : « Est conforme au droit toute action qui permet, ou dont la maxime permet au libre arbitre de chacun de s'accorder suivant une loi générale avec la liberté de tous. » De là ce principe de tous les devoirs de droit : « Agis extérieurement de telle sorte que le libre usage de ton arbitre puisse s'accorder avec la liberté de chacun suivant des lois générales. »

Le pouvoir de contraindre résulte immédiatement de la notion de droit. Car si c'est un principe de la raison que la liberté de l'un doive s'accorder avec la liberté de l'autre, tout obstacle qui s'oppose à une liberté est contraire au droit; en écartant cet obstacle, je ne fais que défendre une liberté. Par conséquent, la contrainte employée pour éloigner de moi tout acte injuste, est elle-même conforme à la liberté : donc elle est juste.

Kant soutient même que le droit et la faculté de contraindre sont une seule et même chose. Car il écarte absolument de la notion de droit tout motif intérieur ou purement moral, par exemple le respect à la loi, et il fait consister le droit strict dans les actions extérieures. Cela posé, le droit ne peut pas consister dans la faculté d'exiger des autres qu'ils reconnaissent intérieurement la justice de nos prétentions; car peu importe leur pensée sur ce point : le droit n'est que la faculté de les faire agir conformément à ce qui est juste, soit par la contrainte, soit par la menace de la contrainte. Mais pour que la contrainte elle-même soit légitime, il faut qu'elle s'accorde avec la liberté de celui qui l'emploie et avec la liberté de celui contre lequel

Digitized by Google

elle est employée : hors de là elle n'est que la force. Ainsi la contrainte qu'emploie un créancier contre son débiteur est d'accord avec la liberté de tous deux : car d'abord le débiteur a encouru volontairement cette chance en empruntant dans de certaines conditions ; en second lieu, il doit consentir à subir une contrainte qu'il aurait lui-même le droit d'employer dans une circonstance semblable. Sans doute, indépendamment de la contrainte, il y a une raison qui impose au débiteur le devoir de rendre ce qu'il a emprunté ; mais c'est là un principe qui appartient à la morale proprement dite et dont le droit fait abstraction ; ainsi Kant finit par aboutir à cette formule qui est son dernier mot sur la nature du droit : « Le droit consiste dans la possibilité de l'accord d'une contrainte générale et réciproque avec la liberté de chacun. »

On ne peut contester la vigueur et la précision de cette théorie : je la crois cependant étroite et insuffisante. Cette définition du droit est à la fois trop restreinte et trop étendue : elle embrasse plus et moins que nous ne plaçons d'ordinaire sous ce terme si peu défini.

Kant a réduit d'abord la notion de droit en la limitant aux relations extérieures des hommes. Je puis avoir des droits sans être dans aucun rapport avec les autres hommes. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi de l'honnêteté est dans mon droit, que ce soit en dedans de moi-même ou au dehors. Par exemple, si la loi morale ne m'interdit pas la libre recherche de la vérité, cette recherche est dans mon droit, que j'exprime ou non ma pensée par des paroles. Voilà un droit interne qui commence et qui finit en nous-mêmes, droit que nous ne faisons pas valoir devant les autres hommes, mais que nous invoquons devant le tribunal de notre conscience. De même, le droit d'honorer Dieu selon ses lumières n'est pas seulement un droit à l'égard de la société ; il l'est en lui-même. En général, le libre usage de toutes nos puissances, sous la réserve de la loi morale, est un droit, lors même que ces puissances ne se manifesteraient pas par des actions extérieures. Si l'on suppose un homme abandonné dans une entière solitude, il aura encore des devoirs et des droits : certaines choses lui seront encore commandées ou défendues, et d'autres lui seront permises. En réduisant le droit aux actions extérieures, Kant tombe sous l'objection que Leibnitz adressait à Puffendorf : « On ne peut admettre, disait-il, que les actions

Digitized by Google

qui ne sortent pas du for intérieur n'appartiennent pas à la doctrine du droit naturel.... Ce n'est pas au philosophe, mais au jurisconsulte civil, que Cicéron a recommandé de se réduire aux actions extérieures.... Quelle place fera-t-on au serment dans le droit naturel, si l'on ne doit y tenir aucun compte des actes purement internes?... C'est une hypothèse peu sûre et trop accommodante que d'imaginer des sentiments mauvais au dedans, innocents au dehors[1]. » Il n'est donc pas vrai que le droit n'ait sa place que dans les relations extérieures des hommes; il n'est pas vrai que le droit soit exclusivement ce qui est susceptible d'une législation externe, et par conséquent il n'est pas vrai que le droit et la faculté de contraindre soient identiques; car une législation extérieure est précisément celle qui a la contrainte pour sanction.

Il y a donc tout un ordre de droits qui dépassent la définition de Kant.

En revanche, elle en comprend que la raison ne peut admettre comme des droits véritables et absolus. « Est juste, » dit-il, toute action dont la maxime permet au libre arbitre de » chacun de s'accorder suivant une loi générale avec la liberté » de tous. » Selon cette maxime, des actions fort injustes en elles-mêmes sont considérées comme justes absolument. Ainsi, mentir sans nuire à personne, peut bien s'accorder avec la liberté de chacun; car celui qui ment n'empêche pas les autres de dire la vérité. Le mensonge est donc juste, selon la définition. Il en est de même de l'intempérance, si elle ne nuit qu'à celui qui s'y livre. On dira que j'interprète mal la pensée de Kant, que toutes ces actions sont condamnées en morale, qu'elles ne sont innocentes qu'au point de vue du droit. Mais c'est là précisément qu'est l'erreur : ce qui est contraire à la morale ne peut pas être conforme au droit. Autrement il y a deux justices, l'une vraie, l'autre apparente, l'une absolue, l'autre relative. A un point de vue relatif, en effet, j'ai le droit de faire tout ce que les autres hommes n'ont pas le droit d'empêcher : tant que mes actions s'accordent avec leur liberté, elles ne dépendent que de moi-même; les autres hommes n'ayant pas la responsabilité de ma conduite, sont tenus de me laisser faire usage de ma liberté,

[1] *Leibn. oper.* Dut., t. IV, p. 277. Il dit dans un autre endroit : « Opinio quæ jus naturæ ad externa restringit, nec veteribus philosophis, nec ictis olim gravioribus placuit. » (*Ep. ad restr. VII.* Dut., t. IV, p. 261.)

Digitized by Google

comme bon me semble, tant qu'elle ne nuit pas à la leur. Mais cet usage quelconque de ma liberté, juste, si l'on veut, par rapport à eux, n'est juste en soi que si la raison l'autorise, et la mesure véritable de ce qui est juste, c'est-à-dire de ce qui est de droit dans un sens absolu n'est pas l'accord de la liberté de l'un avec la liberté de tous, mais l'accord de la volonté avec ce qui est convenable en soi.

Enfin, en supposant que la définition de Kant réponde à toutes les applications possibles de la notion de droit, elle tombe toujours sous cette objection, qu'elle prend le signe extérieur du droit pour le droit lui-même. Que cette définition soit un bon critérium pour reconnaître ce qui est de droit, je le veux bien : mais elle ne pénètre pas jusqu'à l'essence du droit même; et pour parler le langage de Kant, sa définition fournit si l'on veut la *forme* du droit, mais non pas la *matière*. Car il dit bien que le droit c'est l'accord de la liberté de chacun avec la liberté de tous, mais il ne dit pas pourquoi un tel accord doit exister. Il faut pourtant que chaque liberté, prise en soi, soit déjà quelque chose de sacré, pour faire respecter en elle, ce qu'elle doit aussi respecter en autrui. Il faut qu'il y ait des droits préexistants pour que chaque liberté soit limitée par la liberté des autres. Le droit est donc antérieur à toute rencontre et à tout accord des volontés : il ne résulte donc pas de cet accord.

Définir le droit, comme fait Kant, l'*ensemble des conditions* sous lesquelles la liberté de chacun s'accorde avec la liberté de tous, c'est le réduire à une abstraction : ces conditions sont en elles-mêmes indéterminés : elles sont telles ou telles dans telles circonstances. Généralisez ces circonstances, vous avez, selon Kant, le *droit*. Mais le droit n'est pas une condition ni une somme de conditions; c'est une qualité inhérente à l'être moral, une véritable faculté antérieure et supérieure aux conditions dans lesquelles elle peut se développer. Sans doute cette faculté qui existe à la fois chez tous les hommes ne peut pas être en contradiction avec elle-même : de là vient que le droit de l'un doit s'accorder avec le droit de l'autre. On peut ensuite abstraitement et extensivement appliquer la dénomination de droit aux règles qui régissent cet accord; mais ces règles ne sont pas plus le droit que les règles de la rhétorique ne sont l'éloquence.

On peut partir, dans la détermination de l'idée de droit, de cette définition de Leibnitz : « Le droit est un *pouvoir moral*,

Digitized by Google

comme le devoir est une *nécessité morale.* » Il est remarquable que Kant, qui a emprunté à Leibnitz la seconde partie de cette définition, puisqu'il définit souvent le devoir une contrainte morale, n'ait pas adopté aussi la première : cela pourrait aisément s'expliquer par la nature même de sa philosophie, qui ramène tout à des *règles*, et méconnaît la puissance active, qui est la source de l'être et de la vie. Quoi qu'il en soit, il est très-juste de dire que le droit est un *pouvoir*, car tout ce qui est capable d'opposer quelque résistance ou d'empêcher quelque action, peut être à juste titre appelé un pouvoir. Or c'est là un des caractères du droit. Un enfant n'est pas plus difficile à briser qu'une branche d'arbre. Cependant cette frêle nature tient en échec une force bien supérieure par cette mystérieuse défense que l'on appelle le droit. Nul doute qu'il n'y ait dans la nature de l'enfant un pouvoir qui s'oppose aux mauvais traitements et à la violence; mais c'est un pouvoir d'une nature particulière, car il s'associe à la faiblesse, et paraît prendre sa source dans cette faiblesse même. C'est ainsi que nous avons un pouvoir sur celui qui nous a donné sa parole, même lorsque nous n'avons aucune force pour le contraindre à l'exécuter. Quelquefois ce pouvoir moral est accompagné du pouvoir physique, comme dans le droit paternel; mais la conscience distingue très-bien ces deux pouvoirs, et comprend que l'un ne dérive pas de l'autre.

Quel est maintenant dans l'homme le fondement d'un tel pouvoir? Je dis que tout ce qui dans l'homme est le résultat de sa nature, sans être contraire à la loi morale, est de droit. La nature humaine est le fondement du droit, la loi morale en est la limite. C'est une erreur de Kant, relevée déjà, nous l'avons vu, par Leibnitz, que de séparer absolument le droit de la morale et de traiter du droit naturel avant la morale. Le droit suppose la morale. Rien de ce qui est défendu par l'Éthique ne peut être un droit, quoiqu'en fait chacun puisse et doive considérer comme un droit dans autrui tout ce qui ne fait pas obstacle à sa propre liberté.

Mais cette limite de la loi morale une fois posée, il demeure évident que c'est un droit pour l'homme de conserver et de développer en lui sa nature : je dirai même que c'est un devoir; mais c'est un droit avant d'être un devoir, car dès que l'être humain a vu le jour, avant que la raison endormie lui fasse

Digitized by Google

rien connaître de ses obligations, il a déjà cependant le droit de se conserver : et il oppose silencieusement, sans en avoir lui-même conscience, ce droit sacré à toute pensée et à toute tentative de violence. Le titre du droit naturel est dans cette formule : *Homo sum*, comme le titre du droit politique et civil est dans cette autre : *Civis sum.*

Quelques-uns cherchent le principe du droit dans telle ou telle faculté de la nature humaine. Mais lorsque l'on demande pourquoi il n'est pas permis de maltraiter un homme innocent, qu'il soit raisonnable ou idiot, sain ou malade, enfant ou vieillard, il est impossible, quelque effort que l'on fasse, d'aller plus loin que cette réponse : parce qu'il est homme. *Homo res sacra homini*[1]. Que si l'on veut pénétrer plus avant, soumettre à la critique cette réponse même, et chercher le titre de l'humanité, soit dans la faculté de raisonner[2], soit dans le libre vouloir, soit dans quelque autre attribut, on subordonne ainsi le principe primitif et évident de l'inviolabilité humaine à une question préjudicielle et obscure, celle de savoir jusqu'à quel point tel individu possède le titre exclusif de l'humanité.

Que si l'on dit que ce principe est bien vague, puisque chacun entend la nature humaine comme il lui plaît, je réponds qu'il n'est pas question de la nature humaine définie spéculativement, mais de la nature humaine telle qu'elle se manifeste pratiquement d'après des lois universelles et constantes. On accordera sans doute que l'un des attributs essentiels de cette nature est la vie, un autre l'intelligence, un autre les affections, etc. Ces puissances communes à tous les hommes ou inégalement distribuées, sont l'origine d'autant de droits ; à mesure que l'idée de la nature humaine s'éclaircit, l'idée du droit s'éclaircit en même temps : plus on aperçoit d'éléments essentiels dans l'homme, plus on découvre de droits. Ce progrès s'explique encore d'une autre manière. Le droit, avons-nous

[1] Sénèque, *Lettres à Lucilius*, 95.

[2] C'est le principe de M. Ém. de Girardin dans son livre *du Droit*, où on lit cette phrase abominable : « L'homme qui ne pense point, l'homme qui » ne raisonne point n'est pas un homme ; et si un homme qui pense pouvait » manger la chair d'un homme qui ne pense point, il ne serait point impos- » sible de démontrer que celui-là n'est pas un anthropophage. » (P. 20.) Si l'auteur de cette phrase habitait un pays où il y a des crétins, il n'hésiterait pas sans doute à les faire rôtir à son usage !

Digitized by Google

dit, est pour l'homme tout ce qui, étant conforme à sa nature, n'est pas contraire à la loi morale ; or l'idée de la loi morale s'éclaircit elle-même avec le progrès de l'esprit. Ce qu'elle a défendu pendant un temps, elle cesse de le défendre : c'est un droit de plus ; ce qu'elle ne défendait pas, elle le défend maintenant : c'est un droit de moins. C'est ainsi que le droit absolu en lui-même est relatif et progressif dans la connaissance que nous en avons.

Le droit ne vaut qu'à l'égard des créatures qui sont elles-mêmes susceptibles de droits ; il ne vaut donc pas par rapport à la nature, qui n'obéissant qu'à la loi de la force, ne cède qu'à une force supérieure à la sienne. Nous n'avons pas à nous plaindre du rocher qui nous écrase par sa chute ; il suit sa loi : nous n'avons rien à dire contre le tigre affamé qui nous dévore ; il obéit à sa nature. En revanche, nous obéissons également à notre nature en brisant ce qui nous fait obstacle, en coupant les plantes pour notre nourriture et les arbres pour nos habitations, en asservissant les animaux à notre usage ou en les tuant pour nous nourrir. C'est la loi universelle que les espèces vivent les unes des autres, et que la nature soit à elle-même son propre aliment. Entre nous et les choses, il n'y a que la loi de l'utilité et la rivalité des forces, mais non pas l'opposition du droit. Cette lutte que nous soutenons contre la nature n'a d'autres bornes que celles de notre intérêt. Une autre loi gouverne les rapports des hommes : elle veut que chaque individu se conserve lui-même, mais sans nuire à la conservation de ses semblables, qu'il ne se serve de la force que pour prévenir ou punir la violence, et que la limite de ses entreprises soit, non pas l'impossible, mais l'injuste. C'est ce qu'exprimait le vieux poëte Hésiode en disant : « Jupiter a donné aux oiseaux, aux » poissons, à toutes les bêtes, la loi de se manger les uns les » autres : aux hommes il a donné la justice[1]. »

§ 2. — Théorie de la propriété.

La théorie de la propriété dans la doctrine de Kant est si abstraite, si subtile et si tortueuse, que l'on craint continuellement de ne pas la comprendre et de la mal juger. Ce qui obscurcit la

[1] Hésiode, *les Travaux et les Jours*, v. 276.

Digitized by Google

matière, c'est le désordre de l'auteur, et l'abus des divisions artificielles. Il semble faire à chaque instant un pas nouveau dans l'établissement de sa théorie ; mais ce progrès n'est qu'apparent ; c'est un continuel retour sur les mêmes idées, des circonvolutions sans profit et des répétitions souvent insupportables. Je demande pardon au traducteur de cette sévérité à l'égard de son auteur favori, pour lequel je professe ainsi que lui une très-grande admiration ; mais la science allemande est si dédaigneuse pour la clarté des idées françaises, elle traite de si haut nos méthodes et notre langue scientifique, qu'il doit nous être permis d'indiquer les défauts d'un de ses plus grands maîtres lorsque, après l'étude la plus laborieuse et la plus scrupuleuse, nous avons réussi à nous convaincre que cet appareil scolastique par lequel on nous épouvante ne fait que recouvrir l'absence de précision, de méthode et de solidité.

Je crois pouvoir démontrer que cette théorie si compliquée de la propriété se réduit à une définition abstraite, hors de laquelle il est impossible à l'auteur de faire un seul pas.

Kant définit ce qu'il appelle le *mien de droit* (*meum juris*) de la manière suivante : « Le mien de droit (la propriété), c'est ce » qui est avec moi dans un tel rapport que je me trouverais » lésé si un autre en faisait usage sans mon consentement. » Il reproduit la même définition au § 5 sous une autre forme : « Le » mien extérieur, dit-il, est la chose hors de moi dont on ne » pourrait m'empêcher d'user à mon gré sans me léser. » Ces deux définitions sont identiques et expriment les deux aspects sous lesquels on peut considérer la propriété : l'un négatif, l'autre positif ; le mien de droit, c'est ce dont je puis exclure les autres, et ce dont nul ne peut m'exclure ; c'est le *potestas utendi et abutendi* des Romains. Que cette définition soit exacte, et qu'elle exprime bien le double caractère de la propriété, je ne le nie pas ; je tiens seulement à constater que ce n'est qu'une définition, c'est-à-dire une notion abstraite, à laquelle il est fort possible que rien ne corresponde en réalité. En effet, cette définition revient à ceci : « Étant donné un objet, tel que personne n'en puisse user sans mon consentement, j'appelle cet objet *mien*. » Mais cet objet est-il donné? voilà la question.

Kant fait un pas de plus, et il distingue deux espèces de possession : l'une qui consiste purement et simplement dans la

Digitized by Google

détention de l'objet, le fait de l'avoir actuellement en notre pouvoir ; l'autre qui est indépendante des conditions du temps et de l'espace, et en vertu de laquelle je puis dire qu'une chose est mienne, quoique je ne l'aie pas actuellement entre les mains. « Ainsi je n'appellerai pas mienne une pomme parce que je l'ai » dans la main, mais seulement si je puis dire : je la possède, » quoique je l'aie déposée quelque part. De même, je ne puis dire » du sol sur lequel je suis couché qu'il est mien pour cette rai- » son ; je ne puis le qualifier ainsi que si je puis affirmer qu'il » sera encore en ma possession lorsque j'aurai changé de » place. » Cette distinction n'est autre chose que celle qui est reconnue par tous les jurisconsultes entre la possession et la propriété ; mais elle est ramenée très-habilement par Kant aux principes de la philosophie. Il appelle l'une possession *empirique* (phénoumenon), parce qu'elle n'a lieu que dans un point déterminé de l'espace et du temps ; l'autre, possession *intelligible* (noumenon), parce qu'elle a lieu en dehors de toute condition d'espace et de temps, et qu'elle indique simplement un rapport de moi à quelque chose hors de moi.

Mais cette distinction, quelque juste et fine qu'elle soit, ne va pas plus loin cependant que la définition précédente ; elle n'est que le développement de cette définition même. Car pour que je puisse être lésé par l'usage qu'un autre fait de ma chose sans mon consentement, il faut bien que la *détention* soit quelque chose de différent de la véritable possession ; sans quoi, celui qui en fait usage en deviendrait par cela même propriétaire, puisque l'usage n'est pas possible sans une certaine détention. Par conséquent, dans la définition du mien de droit est déjà contenue la notion d'une possession intelligible, ou pour mieux dire elle n'est autre chose que cette notion même. Au reste, je ne prête pas cette déduction à Kant ; c'est lui-même qui la fait dans les termes suivants : « La condition subjective de la pos- » sibilité de l'usage en général est la possession. Mais quelque » chose d'extérieur ne saurait être mien que si je puis me sup- » poser lésé par l'usage qu'un autre ferait d'une chose en pos- » session de laquelle je ne serais pourtant pas. Avoir quelque » chose comme sien est donc contradictoire, si le concept de la » possession n'est pas susceptible de deux sens différents, c'est- » à-dire si l'on ne peut distinguer la possession *sensible* et la » possession *intelligible*, en entendant par la première la posses-

Digitized by Google

» sion *physique* et par la seconde la possession *purement intel-* » *ligible* du même objet. »

Mais cette notion de la possession intelligible étant tirée analytiquement de la définition du mien de droit, ne nous apprend rien de plus que cette définition même, sur la possibilité d'une telle possession. Aussi Kant se pose-t-il la question suivante : Comment la possession intelligible est-elle possible?

La possibilité de la possession empirique ou physique ne souffre pas de difficultés : « La proposition de droit qui est re- » relative à la possession empirique est analytique[1] : car elle ne » dit rien de plus que ce qui résulte de cette possession suivant » le principe de contradiction, c'est-à-dire que si je suis le dé- » tenteur d'une chose, celui qui s'en empare sans mon consen- » tement affecte et diminue le mien intérieur (ma liberté), et » par conséquent suit une maxime directement contraire à » l'axiome du droit. La proposition qui a pour objet la légiti- » mité de la possession empirique ne dépasse donc pas le droit » d'une personne par rapport à elle-même[2]. »

Mais je ne puis pas conclure de la même manière dans le second cas, je veux dire dans le cas de la possession intelligible. Ma liberté n'emporte pas par elle-même un droit sur un objet, qui n'est pas actuellement l'objet de mon arbitre, puisque je n'en suis pas détenteur ; comment le droit peut-il s'étendre de cette sphère intérieure dans une sphère indéterminée, où le moi n'est pas, où du moins il n'est qu'idéalement? Enfin, comment est possible la possession d'un objet à distance et dans la durée, ou plutôt abstraction faite de l'espace et de la durée? Cette proposition est *synthétique*[3], puisqu'elle ajoute au sujet une espèce de possession qui ne dérive pas nécessairement de sa liberté.

Voilà le problème : il est hardiment et profondément posé.

[1] Kant appelle proposition *analytique*, celle où l'on ne peut nier l'attribut du sujet sans contradiction. Dans le cas dont il s'agit, on ne peut nier la possession actuelle sans nier la liberté : par conséquent celle-ci étant donnée, l'autre l'est également. La proposition est analytique et évidente par elle-même.

[2] Trad. franç., p. 72.

[3] Kant appelle proposition *synthétique* celle où l'on peut affirmer le sujet sans l'attribut, où par conséquent celui-ci est *ajouté* au sujet, et n'en est pas déduit en vertu du principe de contradiction.

Digitized by Google

Voyons la solution. Pour ne rien ajouter et ne rien retrancher à la pensée de l'auteur, nous citerons ses termes mêmes, quelque obscurs qu'ils soient. Nous ne devons pas nous effrayer de l'aridité, si elle est nécessaire à l'exactitude.

« S'il s'agissait, dit Kant, d'un principe théorétique de la raison, il faudrait subsumer une intuition *à priori* sous le concept donné, et par conséquent ajouter quelque chose au concept de la possession de l'objet; mais comme il s'agit ici d'un principe pratique, on procédera tout autrement : il faut écarter toutes les conditions de l'intuition, qui fondent la possession empirique (en faire abstraction), afin d'étendre le concept de la possession au delà de la possession empirique et de pouvoir dire : tout objet extérieur de l'arbitre que j'ai en ma puissance (et en tant seulement que je l'ai en ma puissance), sans en être en possession, peut être réputé mien juridiquement. »

Selon Kant, la connaissance des objets n'est pas possible sans deux conditions : l'espace, s'il s'agit de phénomènes physiques ou extérieurs; le temps, s'il s'agit de faits internes, de phénomènes de conscience : c'est ce qu'il appelle des intuitions *à priori*. Toutes les fois que l'entendement veut établir un principe théorique, c'est-à-dire un principe de connaissance et non d'action, il est obligé d'ajouter à ces concepts (de *subsumer* sous des concepts) une intuition *à priori*, soit l'espace, soit le temps, pour les rendre applicables aux objets. Telle est l'opération de la raison spéculative. Mais la raison pratique procède tout autrement.

Un principe pratique est celui qui ne nous donne pas la connaissance d'un objet, mais une règle pour notre volonté. Il n'ajoute donc aucune extension de connaissance à notre entendement; mais il est simplement la *forme* selon laquelle une liberté étant donnée doit agir. Ainsi, demander comment telle proposition de droit est possible, c'est demander comment telle règle de la volonté est possible, par exemple, comment est-ce une règle de la volonté de respecter le mien et le tien, abstraction faite de toute détention actuelle de l'objet.

Selon Kant, la raison pratique n'a pas autre chose à faire pour répondre à cette question qu'à écarter toutes les conditions de l'intuition qui fondent la possession empirique, c'est-à-dire l'espace et le temps; et par le seul fait qu'elle élimine ces

Digitized by Google

conditions, elle fonde et étend le concept de droit hors de toute condition empirique.

Mais j'ai beau creuser les conditions de cette épreuve éliminative, je ne vois absolument rien qui puisse servir de fondement à une si étrange extension de droit, le droit de la personne sur un objet situé hors d'elle, et dont elle n'a pas la détention actuelle. Je ne puis voir ici qu'un artifice logique, qui résout la difficulté par ses termes mêmes, et où la réponse est absolument identique à la question. Pour le démontrer d'une manière irrésistible, je vais mettre en regard l'une et l'autre.

Voici le problème : « Au contraire, la proposition qui ex-
» prime la possibilité de la possession d'une chose hors de moi,
» *abstraction faite de toutes les conditions de la possession em-*
» *pirique dans l'espace et dans le temps, dépasse ces condi-*
» *tions restrictives*, et puisqu'elle établit comme nécessaire au
» concept du mien et du tien extérieur une possession même
» sans détention, elle est synthétique, et peut servir de pro-
» blème à la raison. Il s'agit de montrer *comment est possible*
» *une telle proposition* à priori, *qui dépasse le concept de la pos-*
» *session empirique.* »

Voici la solution : « *Il faut écarter toutes les conditions de*
» *l'intuition*, qui fondent la possession empirique, afin *d'étendre*
» le concept de la possession au delà de la possession empi-
» rique [1]. » Et plus loin : « Il est remarquable que la raison
» pratique est capable d'établir *à priori*, par la seule *élimina-*
» *tion* des conditions empiriques, des propositions de droit
» *extensives*, et par conséquent *synthétiques*.

Que l'on compare les termes du problème avec ceux de la solution, on verra qu'ils sont absolument identiques : la pensée ne fait pas un pas en allant de l'un à l'autre. Il s'agit de savoir comment une possession autre que la possession empirique est possible : on répond qu'il suffit, pour concevoir cette possibilité, d'écarter les conditions de la possession empirique. On dit qu'il est de l'essence de la raison pratique de fonder des propositions de droit *extensives* par la seule *élimination* des conditions empiriques. Mais c'est là précisément le problème; et si la chose est évidente de soi, il ne fallait pas la donner comme un problème. Mais la chose n'est nullement évidente de soi ; car

[1] Trad. franç., p. 75.

Digitized by Google

on ne voit pas comment une opération toute abstraite de la raison, à savoir l'élimination de l'espace et du temps, suffit pour étendre mon droit d'une manière effective, en dehors du temps et du lieu actuel. Kant a eu grandement raison de dire qu'il y avait là un problème ; mais il ne nous fournit aucun élément de solution.

Sans doute, si le principe de la possession intelligible était donné en soi comme une règle nécessaire de la liberté, il serait inutile, pour en montrer l'application, d'y ajouter les notions de l'espace et du temps, comme on est obligé de le faire pour la connaissance des objets; mais la question est précisément d'établir que ce principe est une règle. Jusqu'à présent il n'est autre chose qu'une définition.

Kant a si bien senti le vice de la théorie, qu'à la définition, dont il est impossible de rien tirer, il a ajouté un axiome ou un postulat, qu'il appelle *postulat juridique de la raison pratique*, qui, selon nous, n'a pas plus de fécondité. Mais il faut l'examiner de plus près.

Voici ce postulat : « Il est possible que j'aie comme mien un » objet extérieur quelconque de mon arbitre, c'est-à-dire » qu'une maxime d'après laquelle, si elle avait force de loi, » un objet de l'arbitre devrait être en soi sans maître, est nulle » en soi. » En d'autres termes, une loi qui interdirait à chacun de s'approprier un objet quelconque auquel se serait appliquée sa volonté, et selon laquelle cet objet devrait être considéré comme étant sans maître, est contraire au droit.

Voici comment il le démontre. Un objet de mon arbitre est un objet dont j'ai physiquement le pouvoir de me servir. Dire que cet objet ne peut pas devenir mien, c'est dire que je dois mettre hors de mon usage et hors de tout usage des choses pouvant servir, ce qui d'une part est contradictoire en soi, et d'autre part met la liberté en contradiction avec elle-même.

Mais je remarque que ce postulat peut avoir deux sens : car le mot *avoir* a deux sens, selon Kant. On peut *avoir* un objet d'une manière empirique ou d'une manière intelligible. Le premier est la détention, le second est la propriété. Si le mot *avoir* signifie ici possession intelligible, alors la possibilité d'une telle possession n'a plus besoin d'être démontrée, puisqu'elle est posée d'abord dans le postulat de droit, et par con-

Digitized by Google

séquent la démonstration si compliquée que nous avons combattue tout à l'heure est parfaitement inutile; toute la théorie de la propriété se réduit à une définition et à un axiome. Mais si le mot *avoir*, dans le postulat, ne s'entend que dans un sens empirique, il est douteux que ce postulat, en le combinant avec la définition du *mien de droit*, puisse servir à la démonstration de la possession intelligible ou de la propriété.

Kant raisonne ainsi : « Vouloir m'imposer comme condition » de la possession d'une place, la nécessité de l'occuper con- » stamment de ma personne, ce serait soutenir qu'il n'est pas » possible d'avoir à titre de sien quelque chose d'extérieur. » Ainsi nier la possession intelligible, c'est nier le postulat juridique.

Pour que ce fût juste, il faudrait que dans le postulat, *avoir quelque chose comme sien* signifiât précisément l'avoir en dehors de l'espace et du lieu. Dans ce cas, le raisonnement est juste, mais ce n'est qu'une tautologie. Mais si ces termes signifient simplement posséder actuellement une chose en tant qu'on en fait usage, le raisonnement n'est pas concluant, car dans ce cas, exiger pour la possession d'une place que je l'occupe de ma personne, ce n'est pas nier absolument que je ne puisse avoir cette place comme mienne, ce n'est donc pas nier absolument le mien extérieur, et par conséquent ce n'est pas aller contre le postulat juridique, si ce postulat ne s'étend pas au delà de la possibilité d'une possession empirique.

Or je dis maintenant que le sens du postulat est et ne peut être que ce dernier sens, et qu'il n'est évident qu'à cette condition. En effet, quelle est la raison que fait valoir Kant en faveur du postulat juridique? Nier, dit-il, la possibilité de quelque chose de mien, c'est vouloir que la liberté se prive elle-même de l'usage de son arbitre, en mettant hors de tout usage possible des objets pouvant servir. Mais cela ne serait vrai que si je niais toute possession, même empirique; car si j'admets une possession empirique, je ne mets pas hors de tout usage des choses pouvant servir, je dis seulement que pour l'homme les choses ne deviennent siennes qu'autant qu'il en fait usage; je n'empêche pas la liberté de se servir des choses utiles, mais j'établis que son droit sur ces choses ne s'étend pas au delà de l'usage. Le problème est précisément de faire voir que l'usage des choses rend nécessaire une possession qui s'é-

Digitized by Google

tend au delà du simple usage ; et cela n'est pas contenu dans le postulat, car le postulat est une proposition analytique, et la proposition qu'il s'agit d'établir est synthétique.

Kant se décide enfin à sortir de ces abstractions et à chercher dans l'expérience l'origine et le principe de la propriété ; mais il n'est pas plus heureux dans cette nouvelle entreprise. Il adopte le principe des jurisconsultes, l'occupation sanctionnée par la loi. Mais ce principe est tout à fait insuffisant pour résoudre le problème posé par Kant. Ce problème est celui-ci : Comment de la possession empirique ou de la détention actuelle puis-je passer à la possession intelligible, c'est-à-dire à la propriété? L'occupation explique très-bien la possession empirique. Lorsqu'une chose n'est à personne, elle est à celui qui s'en empare et qui s'en sert ; nier cela, ce serait, comme dit Kant, mettre hors de tout usage des choses pouvant servir. Mais le fait de s'emparer d'une chose peut-il donner sur cette chose un pouvoir indépendant de l'espace et du temps? Comment se pourrait-il faire que pour m'être couché à une place quelconque du sol, cette place fût encore à moi, même après que je l'aurais quittée? L'occupation ne donne pas un droit qui dépasse le temps de l'occupation elle-même. On a employé souvent dans cette question la comparaison du théâtre, où les meilleures places sont à ceux qui arrivent les premiers. Mais la place que j'occupe dans un théâtre n'est pas mienne à perpétuité, elle ne l'est que pendant la durée du spectacle. L'occupation ne s'étend pas plus dans l'espace que dans le temps. Pourquoi l'occupation d'une place déterminée me donnerait-elle un droit sur la place qui est à côté? En supposant que l'occupation puisse avoir cette vertu, jusqu'où s'étendra son droit? « Suffit-il, dit J.-J. Rous-» seau, de mettre le pied sur un continent pour s'en déclarer le » maître et en exclure à jamais tous les autres hommes? » Kant, pour fixer les limites de ce droit d'occupation, dit que chacun peut s'approprier ce qu'il a le pouvoir de défendre ; d'où il suit que c'est la force qui devient le signe et le titre justificatif du droit. « Lui, le philosophe de la liberté et du droit, dit le tra-» ducteur de Kant dans son excellente introduction, soumet ici » le droit à la force, et cherche dans un élément physique et » indépendant de la liberté humaine, une limite qui ne doit re-» lever que de la liberté et de la justice. Il oublie que ce n'est » pas la puissance de défendre une terre qui en fait la légitimité,

Digitized by Google

» mais que c'est au contraire cette légitimité qui en autorise la » défense[1]. »

Chose étrange ! Kant a méconnu le seul principe qui pût résoudre le problème posé par lui, c'est-à-dire le principe du travail. C'est le travail seul qui peut changer la possession empirique en possession intelligible. Le travail, en déposant en quelque sorte un signe de ma présence dans les différents lieux de l'espace qui ont été successivement l'objet de mon activité, perpétue l'occupation, et, en imprimant aux objets le sceau de ma personnalité, lui permet de franchir l'espace et le temps. En passant d'un sillon à un sillon, j'étends ma possession sans rien perdre de ce que je possédais antérieurement ; car ce sillon, œuvre de mon industrie, garde le témoignage de ma présence, et oppose ainsi une barrière insurmontable à une nouvelle occupation. Kant a vu avec profondeur que tout le mystère de la propriété était dans cette extension de la volonté dans l'espace et dans le temps ; mais il a expliqué cette extension par une opération abstraite et toute négative de l'entendement, au lieu d'en chercher le sens dans le fait de la personnalité vivante, qui conquiert l'espace et le temps, et dont les œuvres ne passent pas avec les actions.

Il ne peut pas entrer dans les limites de cette étude de suivre le principe du travail dans toutes ses conséquences et de répondre aux objections qu'il a pu soulever, et que Kant lui-même a dirigées contre lui. Nous en avons dit assez pour aboutir à cette conclusion que nous croyons péremptoire. Kant a donné la définition de la propriété ; il n'en a pas donné la démonstration.

§ 3. — Des rapports du droit naturel au droit positif.

Les idées de Kant sur les rapports du droit naturel au droit positif ne sont pas non plus, à ce qu'il nous semble, d'une parfaite exactitude. Il admet entre ces deux espèces de droits certaines incompatibilités qui résulteraient de la nature de l'un et de l'autre, et qui, par conséquent, ne sauraient être corrigées. Il distingue ce qui est juste en soi et ce qui est juste devant les tribunaux, comme s'il y avait deux justices, et que l'une ne fût pas empruntée de l'autre. Il est très-vrai de dire que la justice

[1] Intr. du tr., p. CLVI.

Digitized by Google

civile n'est pas toujours la même que la justice naturelle. Mais c'est là une imperfection de la justice civile, à laquelle les législateurs doivent remédier autant qu'il est en eux ; et en fait, la justice civile essaye certainement de se rapprocher de plus en plus de la justice naturelle. Il n'y a donc pas deux justices, l'une subjective, l'autre objective, comme il s'exprime ; l'une qui résulterait de la sentence d'un tribunal, l'autre de la sentence de la conscience et de la raison. Mais il n'y a qu'une justice, celle de la raison, que les tribunaux essayent d'appliquer comme ils peuvent, et dont les lois s'inspirent chaque jour davantage.

C'est en partant de ses principes que Kant considère l'équité, comme n'ayant aucune place dans le droit positif : « Cette sen-
» tence, dit-il, *summum jus, summa injuria*, est la sentence
» de l'équité. Mais c'est un mal auquel on ne peut trouver de
» remède dans la voie même du droit, quoiqu'il s'agisse d'une
» chose fondée en droit ; car l'équité ne ressort que du tribunal
» de la conscience, tandis que toute question de droit propre-
» ment dite est de la compétence du tribunal civil. » Cette assertion me paraît très-inexacte : l'équité est certainement du ressort du tribunal civil. Il y a cent causes où les tribunaux ne jugeraient pas s'ils ne se servaient de la mesure de l'équité : or il est interdit aux juges, selon notre Code, de refuser de juger (C. Nap., art. 4) ; dans le silence ou dans l'obscurité de la loi, le juge doit consulter sa conscience, et par conséquent prononcer selon l'équité. Sans doute, les tribunaux ne peuvent pas, au nom de l'équité, prononcer contre la loi : mais ils ont parfaitement le droit de tempérer les conséquences de la loi, qui, si elle était entendue à la rigueur, conduirait à une injustice évidente. Entre deux sens possibles d'une même loi, ils peuvent choisir celui qui est le plus conforme à l'équité. Il en est de même dans l'interprétation des conventions particulières. Cela est non-seulement vrai en soi, mais notre Code en fait une obligation rigoureuse. « Les conventions obligent non-
» seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les
» suites que l'*équité*, l'usage ou la loi donnent à l'obligation
» suivant sa nature » (art. 1135). Lorsque le Code dit plus loin : « On doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la
» commune intention des parties contractantes plutôt que de
» s'arrêter au sens littéral des termes, » ne donne-t-il pas en

Digitized by Google

quelque sorte au juge le droit de substituer l'interprétation équitable à l'interprétation stricte?

Mais, même en faisant abstraction de la part que l'équité peut avoir en droit positif, il y a, selon Kant, quatre cas d'opposition naturelle et inévitable entre le droit naturel et le droit civil. Ce sont : 1° la donation, 2° le commodat, 3° la revendication d'une chose perdue, 4° le serment.

Il n'est pas à présumer que le donateur, en faisant don de sa chose à quelqu'un, ait voulu par là se voir contraindre à l'accomplissement de sa promesse, et renoncer ainsi gratuitement à sa liberté et à lui-même en quelque sorte (*nemo suum jactare præsumitur*) ; et pourtant ce serait là le droit dans l'état civil : car ici le donataire peut me contraintre à l'accomplissement de ma promesse. Tel est le principe de Kant : antinomie entre le droit naturel, qui laisse au donateur sa liberté, et le droit civil, qui autorise le donataire à user de contrainte.

Mais je ne vois pas pourquoi on n'admettrait pas même en droit naturel le principe de la contrainte contre le donateur. En effet, selon cet axiome, *donner et retenir ne vaut*, il est clair que lorsque j'ai fait don d'une chose à quelqu'un, cette chose n'est plus à moi : ce n'est pas seulement au point de vue du droit civil que la promesse et l'acceptation suffisent pour accomplir un contrat. On ne voit donc pas quel droit le donateur pourrait retenir sur une chose qui n'est plus sienne et dont il s'est dessaisi par une promesse qui a été acceptée. Sans doute, en cas de retour dans les intentions du donateur, il est de la dignité ou de la délicatesse du donataire de ne pas exiger la chose qu'on ne veut pas lui livrer. Mais pour employer la distinction de Kant, la dignité et la délicatesse sont des devoirs de vertu, et non des devoirs de droit. On ne comprend guère une promesse accompagnée du droit indéterminé de revenir sur cette promesse. Ce serait un acte contradictoire. Le droit civil est donc conforme au droit naturel, lorsqu'il déclare les donations *irrévocables* (C. civ., art. 894). Mais, dira-t-on, il y a des cas où il serait souverainement injuste que le donateur ne pût revenir sur sa donation et fût dépouillé irrévocablement. Ces cas ne sont que des exceptions qui ne changent rien au principe. Le droit civil, au moins dans notre Code [1], reconnaît

[1] Il est clair que je n'oppose pas à Kant notre Code civil comme s'il eût

Digitized by Google

la valeur de ces exceptions, et les mentionne expressément. « La donation entre-vifs ne pourra être révoquée que pour cause » d'inexécution des conditions pour lesquelles elle aura été » faite, pour cause d'ingratitude, ou pour cause de survenance » d'enfants. » (Art. 953.) Voilà en effet des motifs sérieux et précis, justes en eux-mêmes, qui motivent parfaitement le changement d'intention du donateur. Aussi la loi y fait-elle droit. Quant au droit illimité de révoquer sans cause une donation, la loi ne peut le reconnaître, parce que le droit naturel ne le reconnaît pas davantage. Il n'y a donc pas ici de contradiction entre la loi et le droit. La justice est la même pour la conscience et pour les tribunaux.

On peut faire les mêmes observations relativement au commodat ou contrat par lequel j'accorde à quelqu'un l'usage gratuit de ce qui m'appartient. Selon Kant, le droit naturel prononce que tous les risques sont pour l'emprunteur, et le droit civil les rejette sur le prêteur : par conséquent opposition entre ces deux droits. L'opposition est loin d'être aussi absolue. Le droit naturel, tout comme le droit civil, fait des distinctions, et reconnaît un partage de risques entre le prêteur et l'emprunteur, selon les circonstances. Je me contenterai ici de citer les excellentes observations du traducteur, qui a accompagné son introduction de notes très-judicieuses, où il relève avec sagacité les inexactitudes de son auteur. « Notre Code décide, en effet, » la question dont il s'agit ici dans le sens que doit nécessaire- » ment suivre, selon Kant, la législation civile ; mais ce n'est pas » qu'il se trouve sur ce point dans l'impossibilité de se confor- » mer à la loi de nature, c'est qu'il entend cette loi autrement » que ne fait notre philosophe. Là est le vrai nœud de la ques- » tion : il n'est pas où Kant l'a placé. Si, en effet, la justice » naturelle voulait que l'emprunteur fût responsable de la perte » ou de la détérioration de la chose empruntée, alors même » qu'il n'y aurait point de sa faute, on ne voit pas pourquoi la » loi civile devrait s'écarter en cela de la loi naturelle et pour- » quoi elle ne pourrait condamner l'emprunteur à supporter la » détérioration ou la perte, même involontaire, de l'objet em- » prunté, lorsque rien n'aurait été stipulé à cet égard entre lui

pu le connaître, mais pour prouver par les seuls exemples qui soient à ma disposition, combien il était faux d'établir en principe l'opposition radicale du droit naturel et du droit civil.

Digitized by Google

» et le prêteur. Mais la question est précisément de savoir » ce qu'exige ici la justice en soi. Or il faut bien distinguer » entre le cas où la chose se perd ou se détériore par la » faute de l'emprunteur, et celui où ce malheur arrive autre- » ment que par sa faute, ou par celle des personnes dont il » est responsable. Il est évident que, dans le premier cas, il est » tenu de réparer la perte ou la détérioration de la chose; mais » cela n'est pas aussi évident dans le second. Si l'emprunteur » peut prouver qu'il est dans ce cas, le prêteur est-il bien fondé » à exiger de lui des dommages-intérêts? Je suppose, bien » entendu, qu'il ne se soit pas assuré contre ce cas par une » clause spéciale, ce qu'il a toujours le droit de faire. Lorsqu'il » ne l'a pas fait, est-il juste de faire retomber sur l'emprunteur » la charge d'une perte ou d'une détérioration fortuite qui n'est » pas arrivée par sa faute; et si on ne le rend pas responsable » de la détérioration naturelle qui résulte de l'usage même pour » lequel la chose lui a été prêtée, lui imposera-t-on la respon- » sabilité d'un fait qu'il n'était pas en son pouvoir d'évi- » ter? Le second n'est-il pas tout aussi bien que le premier » une de ces conséquences naturelles, nécessaires ou possibles, » que le prêteur doit accepter et subir, dès qu'il ne lui a pas » convenu de faire ses réserves à cet endroit? C'est ainsi qu'a » jugé notre Code (voy. *Du prêt à usage* et cf. *De la perte de la* » *chose due*), et je crois qu'en cela il s'est conformé à la justice » naturelle [1]. »

Le troisième cas est celui de la revendication d'une chose perdue, et en général de la vente de la chose d'autrui. En principe de droit naturel, la chose d'autrui ne peut jamais être vendue. Celui qui en devient le possesseur, même de bonne foi, n'en est que le propriétaire putatif et non véritable. Mais en droit civil la légalité de l'acquisition repose uniquement sur la forme d'après laquelle ce qui était en la possession d'un autre m'est transféré et accepté par moi, c'est-à-dire sur la formalité de l'acte juridique de commutation. D'après ces principes, le possesseur de bonne foi devient le propriétaire véritable de l'objet, sauf au premier propriétaire à recourir contre le vendeur. En d'autres termes, dans le droit naturel selon Kant, le premier propriétaire a un droit *réel* sur la chose en quelques

[1] Introd. du trad., p. LXV, note.

Digitized by Google

mains qu'elle se trouve, et le possesseur de bonne foi n'a qu'un droit *personnel* sur le vendeur. Dans le droit civil, au contraire, c'est le possesseur de bonne foi qui a un droit *réel* sur les choses, et le premier propriétaire n'a qu'un droit *personnel* contre le vendeur.

Mais ces deux droits que Kant nous donne comme absolument opposés l'un à l'autre, et relevant l'un du droit naturel, l'autre du droit civil, sont l'un et l'autre reconnus à la fois par le droit naturel et par le droit civil. D'une part, s'il est rigoureusement juste que le propriétaire de la chose ne perde jamais son droit; de l'autre, il est équitable que celui qui a acheté dans toutes les conditions régulières un objet dont il n'a pu par aucun moyen constater la propriété légitime, ne soit pas lésé et menacé indéfiniment dans cette possession : ce sont là deux droits dont il faut tenir compte. Ce n'est pas seulement la justice civile, mais la justice naturelle qui prend parti pour le possesseur de bonne foi, dans le cas où il y a impossibilité absolue de remonter à l'origine de la possession des objets.

Voilà ce que prononce le droit naturel. Que fait maintenant le droit civil? Il admet les deux principes, et il essaye de les concilier : tel est du moins l'esprit de notre Code. Que déclare-t-il d'abord : « La vente de la chose d'autrui est nulle ; » elle peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque » l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. » (C. civ., art. 1599.) On le voit, le droit civil admet le principe du droit naturel, c'est-à-dire que le propriétaire conserve un droit réel sur la chose, et l'acheteur de bonne foi un droit personnel contre le vendeur. Mais ce principe, pris absolument, entraînerait de grands inconvénients; car il est des cas où il est absolument impossible à l'acheteur de s'assurer de l'origine de la possession d'un objet. Par exemple, un cheval est sur le marché. Comment savoir s'il appartient à celui qui veut le vendre? Où trouver les témoins et les pièces qui m'assureront la légitimité de cette possession? Je la suppose démontrée : faut-il remonter encore à la personne de qui celui-ci la tenait, entreprendre en quelque sorte un procès sur chacun des possesseurs. Cela ne va-t-il pas à l'infini? De même, un objet est chez un marchand. Comment savoir d'où il vient? La mobilité de cet objet, l'impossibilité de le distinguer de mille autres analogues, rend impossible cette constatation que l'on exigerait de moi pour que

Digitized by Google

je pusse devenir propriétaire de la chose achetée. Un tel principe entraînerait l'impossibilité de la vente en matière de meubles, et d'ailleurs est évidemment injuste en soi. Voilà pourquoi le Code admet ce principe : « En fait de meubles, la possession vaut titre » (C. civ., art. 2279.) Mais ce principe lui-même deviendrait contraire au droit, et légitimerait la fraude, s'il était absolu. Aussi le Code le tempère-t-il de la manière suivante : « Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé » une chose, peut la revendiquer pendant trois ans à compter » du jour de la perte ou du vol, contre celui entre les mains » duquel il la trouve, sauf à celui-ci son recours contre celui » duquel il la tient. » (Même article.) Cette restriction est parfaitement juste et sauvegarde les droits du vrai propriétaire. Cependant le Code civil croit devoir apporter encore ici une nouvelle balance en faveur du possesseur de bonne foi. « Si le « possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans » une foire, ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou » d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire » originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au » possesseur le prix qu'elle lui a coûté. » (C. civ., art. 2280.) Que conclure de ces citations? C'est que le droit civil essaye de suivre d'aussi près que possible le droit naturel, en conciliant le droit du propriétaire avec celui du possesseur de bonne foi. Je ne prétends pas que d'autres législations ne puissent trouver d'autres moyens de conciliation entre ces deux droits ; je dis seulement que notre législation admet l'un et l'autre et tempère l'un par l'autre. Le traducteur a fait la même remarque [1], et l'oppose à Kant avec justesse ; mais il paraît incliner lui-même à l'opinion de Kant, en considérant le droit du possesseur de bonne foi comme un droit purement civil. Ce droit n'est pas, si l'on veut, du droit strict, mais c'est de l'équité, c'est-à-dire encore du droit naturel.

Enfin la dernière contradiction proposée par Kant entre le droit naturel et le droit civil est la prestation du serment. Voici comment il s'exprime : « La question est de savoir sur » quoi l'on fonde l'obligation imposée à chacun devant la jus- » tice, d'accepter le serment d'un autre comme une preuve de » la vérité de son assertion, valable en droit et devant mettre

[1] Introd., p. LXVII, note.

Digitized by Google

» fin à toute contestation, c'est-à-dire ce qui m'oblige juridi-
» quement à croire qu'un autre a en général assez de religion
» pour que je puisse subordonner mon droit à son serment.
» Réciproquement, puis-je en général être obligé de jurer?
» L'un et l'autre cas sont injustes en soi. Mais par rapport à un
» tribunal, par conséquent dans l'état civil, si l'on admet qu'il
» n'y a pas d'autre moyen que le serment de découvrir la vé-
» rité dans certains cas, il faut supposer que chacun a de la
» religion, afin de l'employer comme moyen extrême (*in casu*
» *necessitatis*) à l'usage des tribunaux. Ceux-ci tiennent cette
» torture spirituelle (*tortura spiritualis*) pour un moyen d'ac-
» cord avec le penchant de l'homme à la superstition, de décou-
» vrir promptement ce qui est caché, et c'est pourquoi ils se
» croient autorisés à s'en servir [1]. »

Je me contenterai de reproduire sur ce dernier point les observations du traducteur : « Il y a des cas, dit-il, où en l'ab-
» sence de toute autre preuve, il faut bien s'en rapporter à la
» parole d'autrui, et où par conséquent cette parole doit faire
» foi ; mais ce n'est pas alors la forme religieuse dont on revêt le
» serment qui doit être donnée comme une garantie suffisante ;
» c'est la déclaration même qu'il contient et qui est censée
» faite sur l'honneur. Telle est en général la nature propre du
» serment : une déclaration solennelle faite sur l'honneur, ou ce
» qu'on nomme si bien une parole d'honneur. C'est par là qu'il
» peut entrer justement dans les institutions civiles, et que, par
» exemple, la loi peut l'exiger des uns et forcer les autres à
» l'accepter comme une raison décisive. »

J'avoue que, sur ce dernier point, Kant pourrait bien avoir raison contre son judicieux adversaire. Car, d'une part, il pourrait demander de quel droit on me force juridiquement à croire à l'honneur d'un autre homme et à subordonner mon droit à sa parole d'honneur. De l'autre, c'est, à ce qu'il me semble, changer l'essence du serment que de lui ôter l'élément religieux, et le réduire à une simple parole d'honneur. La preuve que le droit civil ne s'entend pas ainsi, c'est que devant les tribunaux la parole d'honneur ne tiendrait nullement lieu du serment. On entend donc quelque chose de plus. Je ne veux pas entrer dans le fond de cette question qui me paraît des plus

[1] Trad. franç., p. 155.

Digitized by Google

délicates; mais il se pourrait bien faire qu'il y eût là une sorte de contradiction, difficile à lever entre le droit naturel et le droit civil.

Quoi qu'il en soit, nous pouvons l'affirmer, il n'y a point, comme le prétend Kant, une opposition absolue entre le droit naturel et le droit civil, mais seulement une différence résultant de la différence de la théorie et de la pratique, et qui va du reste s'atténuant de jour en jour, comme le témoigne notre Code, le plus rapproché de tous, si j'en crois les juges compétents, du droit naturel. Ceux qui connaissent la philosophie de Kant remarqueront que l'amour du parallélisme et de la symétrie l'a conduit à admettre dans sa théorie du droit quatre *antinomies*, comme dans sa théorie de la Raison pure; et de même que là il résolvait les antinomies par une distinction entre le règne de la nature et le règne de la liberté, ici il les résout par la distinction de la justice *subjective* (des tribunaux), et de la justice *objective* (de la conscience). Nous avons montré ce qu'il y a d'artificiel et d'arbitraire dans cette distinction.

Nous sommes loin d'avoir recueilli toutes les idées intéressantes et dignes d'être discutées dont l'ouvrage de Kant est rempli. Si nous l'avions tenté, nous eussions fait un ouvrage plus considérable que le sien. Nous en avons dit assez pour faire connaître la manière savante, originale, profonde, dont il a traité la science du droit naturel. Il n'est pas moins intéressant dans le droit public, le droit pénal et le droit des gens. Toutes les questions sont reprises par lui à un point de vue qui lui est toujours propre : quand il adopte des solutions déjà reçues, c'est par des motifs nouveaux, et en y ajoutant toujours sa propre forme, forme bizarre et souvent désagréable, mais vigoureuse et d'un style accusé. La lecture d'un pareil ouvrage est une gymnastique et demande, il faut l'avouer, un grand courage. Mais ce courage est récompensé, car peu de livres font plus penser, et donnent à la réflexion un aliment plus solide et un exercice plus salutaire.

Le traducteur de ce difficile ouvrage ne nous reprochera pas de l'avoir oublié, pour consacrer tous nos efforts à rendre accessibles à nos lecteurs quelques-unes des idées de son auteur. Lui-même se contente de l'honneur modeste, mais solide, d'in-

Digitized by Google

troduire parmi nous, dans des traductions excellentes [1], et aussi françaises que possible, le grand fondateur de la philosophie allemande : depuis plusieurs années, M. Jules Barni consacre à ce rude labeur, vraiment digne d'un philosophe, la sagacité d'un esprit patient et courageux. Il ne se borne pas à la traduction, œuvre déjà difficile; mais dans de longues introductions il dépouille la pensée de Kant de toutes ses épines, il le force à devenir clair, et lui prête la netteté et la lucidité de son propre esprit. A l'exposition, il ajoute la critique, et oppose avec bonheur aux formules abstraites et hautaines de la philosophie kantienne les observations d'une philosophie moins ambitieuse et plus positive, qui demande avant tout à s'entendre avec elle-même, et préfère le bon sens à la fausse profondeur. Le lecteur a pu juger, par quelques citations que nous lui avons empruntées, de la justesse et de la force de la critique.

Quant à l'ouvrage auquel nous venons de consacrer ces longues pages qui auront sans doute lassé la patience des plus courageux, il peut être, pour la philosophie française et aussi pour la jurisprudence, une utile leçon. Notre philosophie, en effet, bien plus sensée que la philosophie allemande, moins nuageuse et moins arbitraire, est en un sens beaucoup plus abstraite. Elle se renferme trop en elle-même, et n'entre pas assez dans le domaine des sciences particulières, auxquelles elle pourrait prêter et emprunter des lumières. Comme son illustre compatriote Leibnitz et son disciple Wolf, Kant a appliqué sa philosophie à la jurisprudance, et on peut dire qu'il l'a fait avec tant de force qu'il a renouvelé les études juridiques dans son pays. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi parmi nous [2]? Il ne m'appartient pas de dire ce que la jurisprudence pourrait gagner à un commerce plus assidu et plus familier avec la phi-

[1] L'une de ces traductions, la *Critique du Jugement*, accompagnée d'une Introduction qui est à elle seule un ouvrage, a été couronnée en 1852 par l'Académie française.

[2] Parmi les jurisconsultes éminents de notre temps, M. Rossi, dans son *Cours de droit pénal*, et M. Troplong, dans son *Commentaire sur le Code civil*, me paraissent les seuls qui aient appliqué d'une manière supérieure l'esprit philosophique à la jurisprudence. L'école de MM. Laboulaye, Laferrière, Giraud, est très-brillant dans l'histoire du droit; mais elle emprunte peu à la métaphysique, et affecte même de la dédaigner. Quant aux commentateurs pratiques, en général, ils tiennent trop peu de compte à la fois de l'histoire et de la métaphysique.

Digitized by Google

losophie; mais je ne puis m'empêcher de croire que les principes et les méthodes s'y perfectionneraient. Quant à la philosophie, elle y trouverait une épreuve et une vérification de ses doctrines et échapperait aux dangers qui menacent toute science trop confinée en elle-même, le vague, le vide et la stérilité.

PAUL JANET.

QUELQUES RÉFLEXIONS

SUR UN ARTICLE INSÉRÉ

DANS LA *REVUE CRITIQUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE*

Des mois de septembre et octobre 1854, et intitulé ainsi :

De la Correctionnalisation des crimes.

Article de M. BOLLAND, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

L'auteur de cet article, qui ne pèche pas par une trop grande prédilection pour le jury, voudrait que les autorités premières qui ont à se prononcer sur un fait qui se présente avec tous les caractères du *crime* proprement dit, le renvoyassent néanmoins aux tribunaux correctionnels, si elles pensent qu'à raison de *circonstances atténuantes* ou même de faits d'*excuses déterminées*, ce fait, *criminel* en lui-même, *pourra* en définitive n'être puni que de *peines correctionnelles*.

C'est ce que, dans une expression un peu hasardée peut-être, il appelle la *correctionnalisation* des crimes.

Il ne faut pas réfléchir bien longtemps pour voir que ceci renverserait tout le système de la loi, tout le système de notre Code d'instruction en matière de *crimes*.

Qu'a voulu la loi? Elle a voulu, dans sa classification des *contraventions*, *délits* et *crimes*, que lorsqu'un fait se présenterait avec le caractère de *crime* proprement dit, il fût renvoyé devant une autorité élevée qui, dans son pouvoir entier, souverain en quelque sorte, pût l'apprécier sous toutes ses faces, et le juger dans tous les cas, quelques nuances qui pussent se révéler dans l'instruction dernière, et quelques transformations qu'il pût subir (V. C. d'inst., art. 365).

Digitized by Google

Telle est la pensée de la loi.

Et cette pensée est bonne, car c'est le moyen d'amener prompte et bonne justice.

Et qu'arriverait-il, en effet, dans un système opposé, c'est-à-dire s'il suffisait, comme le veut l'auteur, qu'il pût se produire plus tard la preuve de faits d'excuse ou d'atténuation qui ne permissent plus de prononcer que des *peines correctionnelles*, pour qu'on dût dès le principe renvoyer aux tribunaux correctionnels ?

C'est que cette preuve de faits d'atténuation pouvant aussi bien ne pas se produire en définitive que se produire, évidemment dans le premier cas le tribunal ne pourrait juger ; une *peine criminelle* devant alors être prononcée, et le tribunal correctionnel ne pouvant la prononcer, tout serait à recommencer. Le tribunal serait obligé de se déclarer incompétent; et une opposition se manifestant alors entre la décision d'incompétence de ce tribunal et celle de la chambre du conseil qui, en lui renvoyant la cause, l'aurait déclaré compétent, il y aurait peut-être lieu dès lors à un règlement de juges, puis à saisir de nouveau la chambre du conseil, ou une autre chambre du conseil, et peut-être par appel ou opposition, la chambre d'accusation, pour saisir enfin la Cour d'assises. Et en attendant, le malheureux accusé serait ainsi ballotté de tribunaux en tribunaux, avec prolongation fâcheuse de la détention préventive, augmentation de frais, etc. Voilà les résultats de la proposition faite.

Au lieu de cela, avec le système de la loi, dans le doute sur ces faits d'atténuation qui, d'après l'aveu de l'auteur lui-même, ne peuvent être définitivement appréciés que par le juge du fond, la cause étant renvoyée devant le tribunal élevé qui, dans tous les cas, juge en dernier ressort, aucun de ces inconvénients ne peut se produire. Ce tribunal, par la constitution même de son pouvoir, et à qui on peut appliquer la maxime *qui peut le plus peut le moins*, terminera tout par sa décision : il jugerait le fait s'il était toujours *crime* proprement dit, il peut le juger à plus forte raison, s'il est devenu *délit* ou même simple *contravention*.

Je sais bien que l'on dit aussi que dans d'autres cas où il peut y avoir doute aussi actuel sur le caractère définitif que le fait revêtira, la chambre du conseil peut renvoyer devant le tribunal correctionnel, tandis que plus tard peut-être il faudra

Digitized by Google

que ce fait soit jugé par la Cour d'assises; cela arriverait, entre autres, dans ces faits de vols qui, *délits* en eux-mêmes, ne deviennent *crimes* que par l'accession de quelque circonstance aggravante, comme l'escalade, l'effraction, etc.

En les dépouillant de ces circonstances, la chambre du conseil peut et doit les renvoyer au tribunal correctionnel; et celui-ci, à son tour, si ces circonstances primitivement écartées se révèlent clairement devant lui, peut et doit se déclarer incompétent.

Mais, qu'est-ce que cela prouve? C'est que les inconvénients signalés plus haut se présenteraient dans ce cas; mais, est-ce donc une raison pour organiser notre législation de manière qu'ils se produisent dans beaucoup d'autres cas, dans des hypothèses fréquentes et de tous les jours?

Lorsque le fait se présente en lui-même comme *délit*, et qu'il ne peut devenir *crime* que par l'addition de certaines circonstances aggravantes, comme la chambre du conseil ne peut renvoyer en poursuite criminelle qu'autant qu'à ses yeux il y a des indices suffisants non-seulement du fait en lui-même, mais encore des circonstances qui pourraient le constituer crime; jusque-là, une espèce de présomption favorable couvre le prévenu; jusque-là le fait n'est réellement qu'un *délit*; et il est tout simple que ce renvoi soit fait au tribunal des *délits*. Il ne peut pas en être autrement : ce n'est pas là une faculté pour la chambre du conseil; c'est une nécessité.

Mais il en est tout différemment lorsque le fait en lui-même offre d'abord le caractère d'un *crime*, et qu'il ne pourra plus tard être puni *correctionnellement* qu'autant que le prévenu aura établi en sa faveur des circonstances d'excuse ou d'atténuation qui, d'après une disposition formelle de la loi, devront amener ce résultat; ici la présomption est contre le prévenu, et il ne pourra l'écarter que devant le juge du fonds, c'est-à-dire du juge du fait considéré comme fait *criminel*.

Et cela est tellement vrai que la loi, lorsque pour de pareilles causes elle permet ou ordonne de n'appliquer à un *crime* qu'une peine *correctionnelle*, ne suppose nullement que pour cela le fait change de nature : à ses yeux, c'est toujours un *crime*, mais un *crime* qui, par extraordinaire, ne doit être puni que *correctionnellement* (V. C. pénal, art. 326, 463, etc.).

Et l'on serait sans doute fort mal venu, en pareil cas, à par-

Digitized by Google

ler de la prescription triennale propre aux *délits*, au lieu de la prescription décennale propre aux *crimes* : le crime est toujours crime, et ne peut être jugé que par l'autorité que la loi a dû préposer pour ces sortes de faits.

Je sais bien qu'il est une hypothèse, une hypothèse unique où la loi a admis quelque chose de différent : c'est le cas relevé par l'auteur, où l'article 68 du Code pénal veut que dans une certaine hypothèse l'individu au-dessous de l'âge de seize ans, même accusé d'un *crime*, soit jugé par un tribunal correctionnel. Mais qui ne voit que ceci est fait pour une considération toute spéciale, c'est-à-dire précisément à raison de cet âge qu'elle veut soustraire à la honte des débats devant une Cour d'assises? Laissons donc cette exception, un peu anormale, sévèrement renfermée dans le cas que le motif de la loi explique.

L'auteur n'a pas même, sans doute, calculé toute la portée du changement si grave qu'il indique et qu'il traduit dans une proposition formelle : il résulterait en effet de sa proposition, telle qu'elle est formulée, que les chambres du conseil pourraient renvoyer au tribunal correctionnel non-seulement lorsque le fait, à raison de circonstances admises par elles, ne *devrait* plus être passible que de peines correctionnelles, mais encore lorsque simplement il *pourrait* n'être plus frappé que de ces peines, ce qui pourrait se présenter dans l'un des cas prévus par l'art. 463 du Code pénal, celui où en principe ce serait les travaux forcés à temps qui seraient applicables : dans ce cas la loi dit simplement que le résultat des circonstances atténuantes sera l'application de la reclusion, ou des peines correctionnelles de l'art. 401.

Supposons donc ce cas se présentant devant un tribunal correctionnel, qui croit que, malgré les circonstances atténuantes, c'est la peine de la *reclusion* que mérite encore le prévenu. Que fera-t-il? Il ne peut jamais prononcer une peine de nature *criminelle* telle qu'est la peine de la *reclusion*; et cependant c'est la seule qu'il croit applicable, la seule que dans le cas actuel il croit répondre aux nécessités de la vindicte publique.

Direz-vous qu'il reculera, et n'appliquera qu'une peine correctionnelle, obéissant ainsi aux nécessités de sa position? Mais alors la loi ne sera pas obéie : le choix qu'elle donne ne pourra être exercé.

N'est-il pas clair qu'une proposition qui mènerait à de pa-

Digitized by Google

reils résultats n'est pas acceptable? Et n'est-ce pas le cas de reconnaître une fois de plus qu'un changement brusque et improvisé jeté au travers d'une législation organisée pour former un tout homogène, n'amène souvent que de la désharmonie et des impossibilités?

De même encore, quand l'auteur reconnaît qu'avec la masse d'affaires *criminelles* qui, par suite de la grave innovation qu'il propose, seraient renvoyées aux tribunaux correctionnels, on pourrait presque se passer de cours d'assises, et qu'alors au moins, une de ces cours à chaque chef-lieu de Cour impériale suffirait (ce qu'il présente comme un avantage et une grande économie); se figure-t-il tous ces accusés, ces témoins, ces dossiers, ces pièces de conviction arrivant d'un rayon si éloigné au chef-lieu de la Cour impériale? Il est peu probable qu'il y eût dans tout cela de l'économie : il y aurait seulement une justice plus difficile.

Inutile de dire qu'en matière civile les choses peuvent se passer ainsi; mais ne sait-on pas que dans ces dernières matières l'éloignement du tribunal supérieur offre beaucoup moins d'inconvénients; qu'il n'y a pas là d'accusés à traduire, presque jamais de témoins à faire venir, etc. Et n'est-ce pas déjà cette différence si marquée qui fait que pour les tribunaux civils la loi ne connaît d'autre tribunal d'appel que la Cour impériale, et que pour les tribunaux correctionnels elle en reconnaît d'autres?

Il faut donc toujours en revenir à ce point que pour statuer sur les *crimes*, il faut trouver l'autorité compétente supérieure et définitive au chef-lieu de chaque département.

Et je crois qu'on ne cesserait pas d'être dans le vrai, si l'on était disposé à penser que les idées contraires de la nature de celles que je combats en ce moment, et qui amèneraient tant de perturbations dans l'ordre judiciaire, ne sont que le résultat d'une grande suspicion contre le jury, qu'elles rappellent le souvenir de ces erreurs, de ces *acquittements déplorables*, dont parle l'auteur et qui lui ont été souvent reprochés.

Certes, je ne suis pas de ceux qui ont un engouement exclusif pour le jury, qui pensent que hors le jury point de salut; je sais qu'une réunion imposante de magistrats qui offrent leur vie tout entière, leurs fonctions de tous les jours à la critique de leurs concitoyens, présentent peut-être plus de garanties réelles et à l'accusé et à la société, que ces hommes qui ne pa-

Digitized by Google

raissent qu'un moment, pour aller immédiatement se perdre dans la foule ; et qu'en définitive et à tout prendre, les garanties à désirer en matière pénale sont moins dans le jury que dans la liberté entière de la défense, dans la publicité des débats, conquêtes précieuses désormais assurées à la France.

Je ne suis pas même touché de cette idée qui a quelquefois été émise, qu'il pourrait être à craindre que l'homme trop souvent appelé à juger en matière pénale, s'endurcît en quelque sorte, et ne s'habituât trop à voir un coupable dans l'accusé.

Je crois qu'en France nos magistrats ne s'accoutument pas à être durs, mais ils s'accoutument à être justes. Du reste, cette immuabilité dans les personnes n'existerait pas : le roulement annuel en ferait justice.

Mais, d'un autre côté, il faut bien reconnaître aussi que l'institution du jury, qui n'est peut-être pas une juridiction tout à fait exotique en France, et dont on pourrait peut-être apercevoir des traces dans nos *boni homines*, dans nos Scabini du moyen âge, a pris de profondes racines dans la nation, qu'elle s'est, en quelque sorte, identifiée à nos mœurs, et qu'il ne faudrait y toucher qu'avec une extrême réserve et pour une absolue nécessité.

Ajoutons que de nouveaux efforts viennent d'être faits par le législateur pour améliorer la composition du jury. Laissons donc se produire dans son entier cette nouvelle expérience : espérons qu'elle nous convaincra que là, la société, aussi bien que l'accusé, pourra enfin trouver les garanties nécessaires.

Mais si cette espérance était déçue, il ne faudrait pas craindre de dire : avant tout le salut de l'ordre social ! Et alors, ce ne serait pas à des palliatifs du genre de celui que propose l'auteur et qui d'ailleurs amèneraient tant d'inconvénients inacceptables qu'il faudrait recourir ; ce serait une autre question qu'il faudrait se poser...

A. BOLLAND.

Digitized by Google

DE LA TRANSCRIPTION EN MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE.

Par M. LABADENS, avocat à la Cour impériale de Paris.

Après le travail si complet et si remarquable que M. Paul Pont a publié dans cette *Revue* (t. IV, p. 157 et suiv.), nous ne saurions avoir la pensée de traiter de la transcription hypothécaire avec de longs développements : nous voulons seulement présenter ici quelques réflexions que nous ont suggérées les discussions récentes du corps législatif sur cette matière. — Au risque de nous tromper, nous croyons devoir les livrer à la publicité. Nous ne sommes pas de ceux qui, *la main pleine de vérités, se garderaient bien de l'ouvrir.*

La transcription, étendue dans son application et dans ses effets, augmente dans une proportion très-sensible l'importance des registres de la conservation des hypothèques. C'est là que seront désormais les archives de la propriété immobilière, puisqu'à défaut de preuve de la transcription, il n'y aura plus de transmission de propriété foncière à l'égard des tiers. — Or n'est-il pas permis, n'est-il même pas prudent de supposer que, par une de ces catastrophes que toute la prévoyance humaine est quelquefois inhabile à conjurer, les registres des transcriptions pourront être détruits? Quelle sera alors la condition de la propriété qu'on veut mettre à l'abri de toute incertitude et de toute contestation? — Une immense perturbation dans les fortunes privées sera la suite inévitable de ces accidents. C'est là évidemment un danger fort grave ; il faut donc chercher les moyens de le prévenir.

Dans un cas qui n'est pas sans analogie avec celui qui nous occupe, le législateur a pris une précaution qui nous semble devoir être imitée, mais avec des modifications commandées par la différence des situations à régler. L'article 40 C. Nap. veut que les registres de l'état civil soient tenus doubles, et, aux termes de l'article 43 du même Code, l'un des doubles doit être déposé aux archives de la commune et l'autre au greffe du tribunal. On pourrait exiger qu'il en fût de même pour les registres des transcriptions. Mais nous croyons qu'il y a mieux à faire. — Nous voudrions que, pour donner plus de certitude à la transcription et pour en déterminer l'étendue avec une en-

Digitized by Google

tière exactitude, le titre nouveau fût adapté au cadastre, qu'il fût copié sur le registre des mutations cadastrales, et que ce ne fût qu'après l'accomplissement de ces formalités que la transcription produisît tous ses effets à l'égard des tiers. Par ce moyen assez simple, il y aurait toujours concordance parfaite entre le registre des transcriptions et le cadastre, concordance qui écarterait bien des difficultés d'interprétation et préviendrait bien des procès.

Le règlement général sur les opérations cadastrales du 10 octobre 1821 nous paraît donner quelque valeur à cette observation. Nous y lisons en effet ce qui suit : « L'expérience a prouvé que les propriétaires ne savaient pas toujours désigner avec précision les articles qu'ils avaient pu vendre ou acquérir : il faut le plus souvent les aider à reconnaître ces articles sur le plan, et même sur le terrain ; il faut diviser de grands domaines en portions inégales ; il faut déterminer la situation, la nature, la contenance et le revenu des parcelles entières ou des portions de parcelles qui passent d'un propriétaire à l'autre. — Ce travail demande une grande intelligence des détails, etc. » Il est facile de comprendre, par cet aperçu, que tout ne sera pas dit lorsqu'on aura opéré la transcription de l'acte de transmission. Si cet acte renferme des inexactitudes, s'il manque de clarté, comment seront ultérieurement résolus les doutes qui naîtront de ces imperfections quelquefois calculées ? L'avenir de la propriété sera encore livré à de fâcheuses éventualités que préviendrait l'adaptation forcée au cadastre. Par suite de cette opération, plus de doute sur la portée de la transmission, et alors aussi s'évanouirait, du moins autant qu'il est possible de le faire disparaître, le danger que nous avons signalé plus haut, celui de la perte des registres de transcription.

Un dernier mot. En cas d'expropriation forcée, l'article 675 C. pr. veut que le procès-verbal de saisie immobilière contienne la copie littérale de la matrice du rôle de la contribution foncière pour les articles saisis. — Dans l'état actuel de la législation, c'est là une formalité utile, en ce qu'elle sert à bien désigner l'immeuble saisi ; mais il n'en résulte aucune garantie pour le saisissant que l'expropriation atteint réellement son débiteur, car l'extrait de la matrice peut être contredit par les titres de propriété. A l'aide de l'innovation que nous indiquons, l'extrait de la matrice du rôle deviendrait pour le créancier sai-

Digitized by Google

sissant une égide à peu près infaillible contre les demandes en revendication ou en distraction ; et dès lors se trouverait plus complétement réalisée la pensée des auteurs du projet, qui se proposent de faciliter les transactions en les rendant plus sûres dans leurs résultats. P. LABADENS.

BIBLIOGRAPHIE.

JURISPRUDENCE GÉNÉRALE,

Ou Répertoire méthodique et alphabétique de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public. — 44 vol. in-4°; par M. D. Dalloz aîné, ancien député et ancien président de l'ordre des avocats au conseil d'État et à la Cour de cassation, avec la collaboration de M. Armand Dalloz, son frère, et celle de plusieurs jurisconsultes.

Article de M. Paul Pont, docteur en droit, juge au Tribunal de première instance de la Seine.

De toutes les publications faites en France, soit avant soit depuis la promulgation des lois qui ont fondé notre unité législative, il n'en est aucune dont l'importance et la combinaison puissent être comparées à celle dont M. D. Dalloz aîné conçut la pensée en 1825, pensée qu'il essaya de réaliser dès cette époque et à laquelle il donne aujourd'hui son plus complet développement.

Décrire et exposer l'état de la science au XIXe siècle, en étudiant le Droit dans toutes ses parties et dans toute ses ramifications et en le considérant au quadruple point de vue de l'histoire, de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence, telle fut cette pensée dont la réalisation assigne au jurisconsulte qui l'a conçue un rang à part dans les annales de la science juridique.

Certes nous avons, tant dans les œuvres qui ont précédé l'établissement de notre législation nouvelle que dans celles qui ont suivi, des collections précieuses dont celle de M. Dalloz ne saurait prendre la place. Les amis de la science consulteront toujours avec profit les Brillon, les Ferrière, les Denisart, les

Digitized by Google

Guyot, et tant d'autres, dont les travaux encyclopédiques resteront toujours, après tout, comme les tableaux les plus exacts de la science sous le régime des lois anciennes. Et, ils n'oublieront pas davantage ces grandes et si utiles collections modernes qui payent de tant de services l'assiduité dans les rapports qu'ils ont établi avec elles. Mais aucune de ces publications, si complètes qu'elles puissent être, d'ailleurs, dans la spécialité à laquelle elles se sont vouées, ne peut donner l'idée de celle de M. Dalloz. Seule, entre toutes, celle-ci présente la fusion, dans un ensemble homogène, de la loi, de la décision judiciaire et de l'exposé théorique, ces trois formes distinctes sous lesquelles le droit se manifeste. C'est par là qu'elle se distingue de tout ce qui a précédé, et se signale comme l'expression d'une pensée nouvelle et féconde, à toute l'attention des jurisconsultes.

Dans cette carrière où il s'est engagé et qu'il aura bientôt parcourue, M. Dalloz n'a eu, en effet, d'autre devancier que lui-même. Il y fit les premiers pas, en 1825, quand il commença la publication de ces douze volumes in 4° que l'on a coutume de désigner sous la dénomination de *Recueil alphabétique*. Là est comme indiquée cette fusion des divers éléments de la science qui est la base et la pensée même de l'ouvrage que nous annonçons aujourd'hui. Et c'est, sans doute, parce que cette idée s'y produisait d'une manière assez transparente, que la publication obtint dès l'abord les honneurs d'une contrefaçon en Belgique, d'une traduction en quelque sorte officielle à Naples, puisqu'elle y fut faite sous les auspices même du gouvernement des Deux-Siciles, et enfin, en France, d'une édition qui s'épuisait presque en même temps que le dernier des douze volumes était livré à la publicité.

Il faut le dire cependant : l'exécution, dans cette première entreprise, était loin de répondre à la pensée grande qui l'avait inspirée. La législation y était rarement exposée dans son histoire, dans ses textes, dans les discussions qui l'ont préparée ; certaines matières de droit y étaient complétement omises ; d'autres n'y étaient qu'à l'état de simple indication ; quelques-unes y avaient été l'objet de travaux considérables et véritablement approfondis ; mais à côté de celles-ci il s'en trouvait d'autres tronquées en quelque sorte et ne répondant pas à l'importance du sujet qui devait y être traité.

Plus heureux aujourd'hui, te mieux servi par une érudition

Digitized by Google

plus complète, par une maturité plus sûre, M. Dalloz rentre dans la lice avec une nouvelle édition à laquelle on ne saurait reprocher ni les lacunes, ni les imperfections, ni les inégalités de la première. Le problème est résolu cette fois; l'alliance est complète entre la théorie et la pratique; l'élément jurisprudentiel et l'élément législatif marchent à côté de l'élément doctrinal et l'éclairent, et de ces éléments divers, dont se compose la science et qui la constituent, sortent dans chaque matière du droit, l'ensemble le plus complet et le plus précieux enseignement.

A l'heure où nous écrivons ces lignes, l'auteur a parcouru les deux tiers du chemin; 30 volumes ont paru sur les 44 promis au public : c'est beaucoup plus qu'il n'en faut assurément pour apprécier le mérite du cadre et la rigoureuse précision avec laquelle il est rempli.

La législation, qui figure dans l'ouvrage, n'y est pas seulement par la réunion en un faisceau de tous les textes qui régissent une matière donnée; elle y trouve encore son complément naturel dans la reproduction des discussions qui ont préparé la loi, et notamment les discours des orateurs du gouvernement. On voit, en effet, dans les prolégomènes de chaque matière, et en note, les exposés des motifs de la loi et les rapports dont elle a été l'objet aux phases diverses de la discussion. Le lecteur est ainsi à même de recourir à ces sources véritables de la loi, d'en suivre la pensée dans l'expression de ses interprètes les plus naturels, et de déterminer lui-même quel a pu en être l'esprit. Une numérotation particulière adoptée pour ces monuments législatifs permet, en outre, de s'y reporter facilement, toutes les fois que l'auteur s'y réfère lui-même dans ses développements théoriques.

La doctrine est incontestablement la partie qui a été le plus sensiblement améliorée dans l'édition nouvelle. On n'y voit plus ces inégalités dont nous parlions tout à l'heure : chaque matière est l'objet d'une étude spéciale et a reçu les développements d'un véritable traité. Une introduction historique précède le commentaire théorique; l'auteur y soumet la loi elle-même à une appréciation critique, la compare aux législations étrangères et signale les traits d'analogie ou de différence que ces législations peuvent offrir. Il n'accepte des idées reçues que celles qui sont bien légitimement consacrées, et, sans af-

Digitized by Google

fecter les allures d'un novateur, il juge la loi avec la maturité et l'impartialité du jurisconsulte convaincu, en signale les vices et indique les modifications dont elle serait susceptible. Le développement théorique vient ensuite. Ici toutes les doctrines, toutes les opinions sont reproduites, approfondies et discutées. L'auteur, à notre avis, ne fait en cela que remplir une des conditions essentielles à la nature même de son œuvre; et par conséquent, nous ne pouvons nous associer à des critiques, à des reproches que nous avons entendu formuler quelquefois et qui consistent à prêter à l'auteur la pensée ambitieuse de se substituer aux écrivains qui l'ont précédé, en les reproduisant, et de faire de son livre, en quelque sorte, une bibliothèque qui rendrait désormais inutiles les traités ou les commentaires spéciaux. Nous croyons, quant à nous, qu'un répertoire général de législation, de doctrine et de jurisprudence, manquerait aux conditions de sa nature même, si l'auteur s'en tenait à y produire ses propres idées, s'abstenant de citer les opinions de ceux qui l'ont précédé dans une science dont il fait pour ainsi dire le bilan; mais il nous paraît aussi qu'il est dans les nécessités d'un tel travail, qui embrasse une quantité innombrable de matières, de tout résumer avec une précision exceptionnelle, et par conséquent, de mettre rigoureusement à l'écart, dans toute citation, les développements à l'aide desquels l'auteur cité est parvenu à établir sa doctrine. Or des citations nécessairement résumées ne sauraient jamais remplacer le texte; il est plus vrai de dire qu'elles invitent à y recourir : en sorte que loin d'absorber les écrivains dont il enregistre les doctrines, le Répertoire de M. Dalloz tend à les répandre et à les vulgariser.

Enfin, quant à la jurisprudence, cette mise en action de la loi, elle n'occupe plus, dans la nouvelle édition du Répertoire, la position pour ainsi dire exclusive qui lui avait été faite dans quelques parties de l'édition précédente. Et toutefois, le dépouillement des archives de la Cour de cassation et de longues recherches dans des recueils étrangers, notamment dans ceux de la Belgique, ont permis d'y faire figurer les arrêts en plus grand nombre et d'en rapporter même qui jusqu'ici étaient restés inédits. Du reste les monuments de la jurisprudence, par une très-heureuse combinaison, ne scindent pas le développement théorique dans le Répertoire de M. Dalloz. Ils font un corps à part et viennent,

Digitized by Google

en note, comme pièces justificatives de la partie doctrinale. Ils laissent ainsi toute sa valeur à cette partie, qui, comme tous les ouvrages purement théoriques, se produira toujours, indépendamment des fluctuations de la jurisprudence, avec sa valeur propre et le cachet de l'auteur.

Telle est l'économie de ce beau monument que M. Dalloz élève à la science moderne. Nous aurions voulu faire connaître le livre plus complétement en pénétrant dans ses détails; mais on comprend que le nombre même des volumes publiés et l'importance de la matière qu'ils embrassent ont dû nous interdire cet examen détaillé. Bornons-nous à indiquer que les trente volumes qui ont paru renferment des articles appartenant à toutes les branches du droit. Les Traités de *Droit naturel*, du *Droit des gens*, du *Droit constitutionnel* exposent les bases de toute législation et celle de notre droit public; le *Traité des droits politiques* donne tout ce qui a trait à l'exercice des droits électoraux et présente l'ensemble et la classification, non-seulement des décisions judiciaires, mais encore des solutions émanées des assemblées délibérantes, juges suprêmes des questions électorales. Tout ce qui se réfère à l'organisation judiciaire et à la mesure des attributions faites à nos divers tribunaux, est exposé dans les Traités de la *Compétence* et dans la monographie sur la *Cour de cassation*, travail immense qui embrasse tout ce qui concerne l'institution de la Cour suprême, son organisation, ses procédés, les conditions de son action, ses attributions. Le droit public administratif trouve l'exposé des principes qui lui sont propres dans les mots: *Agents diplomatiques, Banques, Bourses de commerce, Brevets d'invention, Cultes, Domaine, Halles, Manufactures, Mines.* Le droit civil, la procédure, le droit commercial y sont représentés par des traités spéciaux et fort remarquables qui ont pour objet: l'*Absence*, les *Actes de l'état civil*, les *Biens*, les *Droits civils*, le *Contrat de mariage*, l'*Interdiction*, le *Louage*, le *Mariage*, les *Assurances*, les *Faillites*, l'*Appel*, l'*Arbitrage*. Nous n'allons pas plus loin dans cette énumération, persuadé que ce qui précède suffit pour donner au lecteur la mesure de ce qu'est cette importante publication, monument le plus vaste assurément qui ait été élevé à la science du droit dans les temps modernes aussi bien que dans les temps anciens.

Nous devons ajouter toutefois que l'auteur a fait les plus loua-

Digitized by Google

bles efforts pour éviter la confusion, danger si menaçant en présence de cette masse innombrable de documents qu'il y avait à mettre en mouvement. Et ses efforts n'ont pas été vains. En conservant l'ordre alphabétique, M. Dalloz a évité l'abus du morcellement; il a pris des dénominations génériques, et sous chacune d'elles il a groupé l'ensemble des idées et des dispositions qui s'y rapportent : c'était le premier moyen d'arriver à une classification méthodique, et de rendre faciles les recherches si pénibles et si longues quand un même sujet est trop fractionné. Mais un autre moyen concourt à ce but d'une manière plus efficace encore : c'est l'heureuse disposition typographique et l'annexion à chaque article de tables de matières, de tables des articles de lois et de tables chronologiques. M. Dalloz, comme tous ceux qui par goût ou par position ont à consulter des collections, devait être trop convaincu que, sans un plan bien entendu, sans des tables bien faites, les richesses les plus précieuses enfouies dans un recueil sont des richesses perdues, pour négliger ce côté éminemment utile dans toute grande publication. Il y a donné ses soins, de manière à ne laisser au lecteur qui consultera son Répertoire ni mécomptes ni regrets.

Dans de telles conditions, l'œuvre de M. Dalloz ajoute considérablement à la renommée que l'auteur s'était acquise déjà par la publication de l'édition précédente; elle est aussi, pour M. Armand Dalloz, collaborateur assidu de son frère dans cette publication immense, un titre de plus à l'estime que lui assuraient déjà, de la part des légistes, ses nombreux et notables travaux. Le monde judiciaire ne s'y trompera pas, et comme son appui et ses faveurs ne sauraient manquer, en définitive, à ceux qui emploient leurs forces et leur vie à la réalisation d'une idée véritablement progressive, on peut, sans beaucoup se risquer, prédire pour l'édition nouvelle un succès au moins égal à ce succès si brillant qui, il y a trente ans environ, fut obtenu par la première édition. PAUL PONT.

Digitized by Google

JURISPRUDENCE DU DIX-NEUVIÈME SIÈCLE,

Ou Table générale du *Recueil général des lois et des arrêts* (1791 à 1850), par MM. DEVILLENEUVE et GILBERT. — 4 volumes in-4°.

Article de M. SACASE, conseiller à la Cour impériale de Toulouse.

Il fut de mode pendant un temps de décrier la jurisprudence des arrêts et de lui refuser sa légitime autorité. Ce mot : ***Les arrêts sont bons pour ceux qui les obtiennent***, était accepté comme un de ces aphorismes sur lesquels la raison imprime son cachet, et le tour épigrammatique même sous lequel il se produisait n'avait peut-être pas été étranger à sa fortune. Le temps, qui ruine les erreurs les plus accréditées, a fait justice d'un préjugé vulgaire, et si quelque dédain se manifeste encore contre ces monuments qu'élève chaque jour la sagesse collective des tribunaux, on ne s'y arrête plus, parce qu'il n'y a qu'une folle vanité ou un faux savoir qui puissent l'inspirer. La jurisprudence des arrêts a donc reconquis le terrain qu'on lui a longtemps disputé. Elle a fait mieux encore, puisqu'elle l'a agrandi, et la vérité est que son importance scientifique s'accroît tous les jours. Il me semble même qu'envisagée comme instrument de certitude et comme élément de fécondité pour la science du Droit en général, elle l'emporte sur toutes les branches rivales de l'interprétation juridique, et que nulle, parmi elles, ne lui apporte un meilleur et plus large tribut. Cette prééminence lui sera, je n'en doute pas, contestée par ceux qui sont intéressés à la nier, et cependant ne frappe-t-elle pas tous les yeux? Il n'y a pas eu, à coup sûr, dans la première phase de notre littérature juridique moderne, de noms plus grands que ceux de Merlin, de Toullier, d'Henrion de Pansey. Eh bien! je ne crois pas risquer une affirmation téméraire en constatant que leurs travaux ont déjà vieilli; non pas toutefois que ces travaux puissent devenir inutiles à la génération actuelle et qu'elle n'ait pas de précieux enseignements à y puiser! Elle chercherait vainement ailleurs de plus savants modèles de dialectique, un art plus consommé dans l'exposition des théories légales, un sentiment plus vif du caractère indigène de notre Droit. Mais plus ces jurisconsultes occupent une place élevée dans l'estime contemporaine, plus le sort de leurs écrits dé-

Digitized by Google

montre l'infériorité de la science individuelle en face d'une jurisprudence qui, associée aux mouvements d'une société progressive, a l'avantage de s'animer de son esprit, de marcher du même pas qu'elle, et n'est jamais surprise, soit par les besoins qui s'y révèlent, soit par la nouveauté des combinaisons qui s'y produisent. Au milieu de la plus rapide succession d'événements et d'institutions qui ait jamais entraîné une société humaine, la jurisprudence maintient, et c'est un de ses plus notables services, un perpétuel accord entre la loi immuable et des besoins qui se renouvellent, et elle fait de la sorte, par le ressort continu de son activité, pénétrer sans cesse l'esprit social dans la législation. La voilà donc appelée à entrer en communauté avec le législateur lui-même et à partager, dans une certaine limite, sa puissance créatrice. Je ne sais si, lorsque Bacon disait que la loi la plus parfaite est celle qui laisse le moins de latitude à la raison du magistrat, il n'avait pas soupçonné la grandeur de ce pouvoir qui devait un jour être assigné aux tribunaux de notre pays. Mais, chose bien certaine, l'expérience n'a pas encore condamné l'usage qui en a été fait, et on a plutôt considéré qu'un moyen commode de réaliser sans cesse le progrès social et de favoriser indéfiniment l'activité humaine était justement cette faculté que possède l'autorité judiciaire d'abriter de nouveaux besoins sous une loi élargie et complétée par son interprétation.

Je viens de nommer Bacon. Personne n'ignore les services que ce grand esprit a, en inaugurant sa méthode d'observation, rendus à toutes les branches du savoir humain. Or n'est-il pas vrai que l'art d'interpréter la loi se perfectionne aussi par l'étude attentive et quotidienne des faits sociaux? Le jurisconsulte théoricien qui, les yeux fixés sur l'idéal, recherche la pensée législative, est souvent exposé à se tromper dans cette investigation. Il n'est pas guidé par la lumière des faits. Au contraire, en suivant le drame judiciaire qui se déroule à ses pieds, le magistrat voit le jeu des passions humaines, assiste au spectacle varié de leurs mouvements et de leurs effets et découvre, au sein de ces luttes d'intérêts contraires dont il est le témoin et le modérateur, des aspects qui lui permettent souvent de voir la loi elle-même dans toute sa clarté et dégagée des voiles qui l'obscurcissaient.

D'ailleurs, lorsque l'idée doit devenir un fait, lorsque d'une

Digitized by Google

contestation dépend, non le sort d'une théorie, mais la destinée d'une famille, il est rare que l'esprit d'interprétation s'égare dans ces hardiesses et ces subtilités, desquelles on pourrait dire avec Montaigne que « ce ne sont qu'arguties verbales qui nous » trompent. » Il est plutôt enclin à se tenir dans une région positive et moyenne qui d'ordinaire est celle qu'habite la vérité et surtout la vérité applicable. *Simplici intuitu recta videntur.* En un mot, il demeure fidèle à cet autre précepte du sage que je viens de citer et qui est vrai surtout pour l'interprétation législative : « Si se fault-il prendre un peu garde de n'appeler ce » qui n'est qu'aigu, solide. » D'où je conclus que, placée en regard des faits, appelée à subir l'épreuve d'une discussion que l'intérêt anime, la loi en reçoit sa lumière la plus sûre; que la doctrine exprimée par les arrêts a donc l'expérience pour base et que le mode de son élaboration n'est pas autre chose que la méthode expérimentale appliquée à la science du droit. Il n'est donc pas surprenant qu'avec ce double avantage d'être progressive et expérimentale, la jurisprudence des arrêts ait, dans le cercle des idées juridiques, obtenu un crédit qui ne lui est plus guère contesté.

Mais en dehors de ces considérations, est-ce que des traditions même de notre pays, de la loi même de sa formation et de son existence ne s'élève pas une autre raison pour assigner à la jurisprudence des tribunaux une importance péremptoire et souveraine? En 1789, on avait pensé que, pour couronner ce vaste système de l'unité française qui s'était développé et avait mûri dans une si longue succession d'efforts, il était urgent de soumettre tout le territoire à un droit uniforme et d'effacer la diversité des zones juridiques qui l'avaient jusque-là partagé. Le travail des siècles devait aboutir là, en effet, sous peine de voir l'histoire elle-même mentir à ses promesses. Or, sans l'unité de la jurisprudence, comment assurer l'unité de la législation? — Veiller au maintien rigoureux de cette double unité, perpétuer l'une par l'autre, tel fut donc l'office dévolu a un tribunal suprême. Ce ne fut pas sans doute pour détruire la liberté d'interprétation, ni pour mettre de prime abord toutes les opinions sous le joug de son autorité, que ce tribunal fut institué et placé au sommet de l'ordre judiciaire. Chacun sait que la liberté de controverse n'a pas jusqu'à présent abdiqué et que, si elle a été l'aînée de la liberté politique elle-même, elle s'est

Digitized by Google

toujours souvenue de son origine et n'a abandonné aucun de ses droits. Il serait plus vrai de dire qu'elle est portée à en abuser et que, placée notamment en regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, elle tend beaucoup trop à lui disputer son domaine, dénonçant comme une usurpation ce qui n'est, après tout, qu'une légitime conquête. Les tribunaux se sont heureusement préservés de ces témérités de l'esprit de discussion. Ils savent que si leur droit est, dans la première phase d'évolution d'une doctrine, de l'examiner et, au besoin de manifester un dissentiment, le jour vient où leur devoir aussi est de ne pas prolonger une lutte indocile et de se soumettre aux suprêmes interprètes de la loi. D'abord la liberté et le mouvement, puis la soumission et la fixité. C'est dans ces oscillations fécondes dont l'harmonie est le terme et le but que se fonde la jurisprudence. Je n'ai pas besoin de dire qu'envisagée sous ce nouveau rapport, la science des arrêts offre un intérêt incomparable. Elle avait déjà, comme moyens d'enrichir la science juridique en général, la variété des aspects et la nouveauté des aperçus que suscite le jeu même des combinaisons sociales; elle avait encore, pour se préserver des écarts de l'interprétation, le contre-poids modérateur du fait et de l'équité. Il ne lui manquait donc que l'autorité, et voici que cette autorité lui est dévolue en vertu d'une de ces lois supérieures qui dominent une société, parce qu'elles sont nécessaires à l'accord de ses éléments et à sa perpétuité même.

Je ne voudrais pas qu'en faisant une part aussi large à la jurisprudence des tribunaux, on pût me reprocher d'avoir amoindri celle qui échoit aux doctrines individuelles, à la science du jurisconsulte. Mais chaque époque a son caractère propre et défini. Il ne s'agit plus de nos jours d'élever sur des synthèses l'édifice du droit civil. Ce droit est créé, il est écrit, il vit et se développe sous l'unité méthodique d'une codification qui a distribué ses matières et rajeuni ses formules. De quoi s'agit-il donc? De le conserver, en l'accommodant de plus en plus au génie d'un monde nouveau. Une pareille tâche n'est certes ni étroite ni stérile. Histoire, philosophie, économie politique, tous ces sujets qui se pressent aujourd'hui sous la plume du légiste assignent au contraire une large part à la pensée contemporaine qui a pour mission de les féconder. Remuer, pour la mieux connaître, le sol historique sur lequel repose la légalité moderne,

Digitized by Google

montrer la pure atmosphère où elle doit se nourrir, dire quels sont les besoins qui la sollicitent et ce qu'attendent d'elle les générations qu'elle couvre de ses rameaux, est-ce qu'un tel rôle n'est pas propre à séduire la raison du jurisconsulte et à lui inspirer de belles créations? C'est en abordant cette voie qu'un illustre contemporain, M. Troplong, a aperçu et marqué des horizons nouveaux, qu'il a été véritablement créateur dans une science que le plus grand nombre croyait épuisée, et qu'à une époque où la famille des grands jurisconsultes pouvait sembler éteinte, l'opinion publique lui a dévolu l'héritage des plus célèbres interprètes du Code Napoléon. Évidemment, la nouveauté et la grandeur de la méthode embrassée par l'éminent auteur de tant de savants commentaires peuvent seules donner la mesure du succès si vaste et si prompt auquel ils ont été appelés. Le don du style, l'art d'animer et de colorer le droit n'y sauraient suffire, bien qu'ils n'y soient pas étrangers. Il reste donc beaucoup à défricher encore dans le champ des doctrines légales; mais pour y réussir, pour mériter ce beau titre de jurisconsulte que n'ont pas dédaigné les plus grands esprits de tous les temps, il faut rejeter fort loin cette méthode de casuiste qui consiste à raisonner toujours sur des espèces ou à s'enfermer dans la dispute. Il faut suivre la grande trace indiquée par M. Troplong et l'écouter lorsque, par son exemple, il semble dire aux légistes de notre âge : N'asservissez pas votre pensée au joug d'une interprétation étroite et littérale, étudiez la loi dans sa nature philosophique, étudiez-la dans ses antécédents, dans ses rapports avec les phénomènes contemporains, remontez surtout le fleuve de la jurisprudence française, interrogez ces sources vives et fécondes où se puise la véritable érudition !

On me dira sans doute que j'ai pris un bien long détour pour en venir aux *Tables du Recueil général des lois et arrêts*. Cependant, démontrer l'importance scientifique des arrêts, indiquer le rang qui appartient à cette branche de la jurisprudence, c'est déjà proclamer la haute utilité du vaste travail que M. Devilleneuve, aidé de son collaborateur M. Gilbert, vient de publier. Il n'y a que ceux qui ont pu s'initier par eux-mêmes aux difficultés d'un pareil labeur qui soient en mesure d'apprécier le service puissant et considérable que ces judicieux arrêtistes ont, par cette importante publication, rendu à la science du droit. Grâce à elle et au *Dictionnaire* de M. Armand Dalloz qui l'avait de-

Digitized by Google

vancée, le regard peut aujourd'hui embrasser, sans se perdre dans un inextricable labyrinthe, les phases successives de la jurisprudence, depuis plus d'un demi-siècle, sur toutes les matières du Droit. Cette ressource, dont on est redevable à une méthode qui consiste à tout résumer sans rien obscurcir, n'est pas seulement précieuse pour le légiste. Elle ouvre un vaste champ d'exploration aux esprits qui se plaisent à étudier l'activité sociale sous tous ses aspects. La publication de MM. Devilleneuve et Gilbert réfléchit en effet cette activité par son côté le plus curieux peut-être. C'est une sorte d'encyclopédie de la société au point de vue du contentieux. F. SACASE.

DOGMEN-GESCHICHTE DES CIVIL-RECHTS,

VON C.-F. ROSSHIRT. — HEIDELBERG, MOHR, 1853.

Compte rendu de M. KŒNIGSWARTER, membre correspondant de l'Institut.

Chaque fois qu'il s'agit de juger un produit littéraire, le devoir de la critique est de préciser d'abord la position et le caractère de l'écrivain; ensuite l'esprit de l'œuvre et le but que l'auteur s'est proposé en le publiant, ainsi que le lien que la nouvelle publication peut avoir avec ses ouvrages antérieurs. Ce double devoir, la critique doit se l'imposer d'autant plus sévèrement quand il s'agit d'apprécier convenablement le livre d'un des hommes les plus érudits de la savante Allemagne.

Le docte professeur heidelbergeois, connu dans le monde juridique par un grand nombre de livres d'un mérite incontestable, avait publié il y a quelques années une *Histoire du droit canonique*, dont le livre actuel est pour ainsi dire la continuation. Le premier ouvrage donnait l'historique et l'influence du droit canonique jusqu'au XIe siècle; le livre actuel est un essai historique de cette influence à partir du XIe siècle jusqu'au XVIe. Pendant cette longue période, la puissance conciliatrice et l'influence modificative des lois de l'Église se fit tellement sentir, d'après l'auteur, qu'un fonds commun de dogmes et de doctrines juridiques s'établit dans le centre et l'occident de l'Europe, que nous aimerions mieux appeler les pays Romano-Germaniques. Cette communauté d'idées, de dogmes et de doctrines fut rompue à partir du XVIe siècle par la réforme religieuse; le

Digitized by Google

droit des divers pays prit une forme plus particulière; cette dernière phase doit faire l'objet d'un troisième livre que M. Rosshirt prépare.

C'est donc le titre du livre qui fait l'objet de ces lignes, qu'on pourrait critiquer, d'abord parce qu'il n'indique pas bien le rapport avec le premier ouvrage, ensuite parce qu'il promet une histoire des doctrines juridiques, tandis qu'il n'est réellement qu'un essai contenant des indications pour un semblable travail, comme l'auteur l'avoue lui-même; enfin parce que l'ouvrage contient des matières étrangères qu'on est étonné d'y rencontrer, et auxquelles la lecture du titre ne fait point penser : de ce nombre sont des indications précieuses sur l'histoire littéraire du droit romain et canonique pendant cette période, (p. 456 et suiv.) et un précis historique sur l'origine des *tabelliones* et *notarii* (p. 498 et suiv.).

C'est l'ignorance de ce rapport entre le livre actuel et les autres œuvres du savant professeur qui a été la cause que cet ouvrage a été mal ou insuffisamment jugé. Il faut y ajouter deux autres motifs : son style quelque peu agressif qui, n'était l'étendue de l'œuvre et la nature des questions, lui donnerait parfois l'allure d'un pamphlet; puis la position que l'auteur s'est faite comme écrivain. M. Rosshirt, en effet, est un Romaniste pur sang, et en cette qualité il a contre lui toute l'école des Germanistes; du reste ceux-ci n'ont pas de petites peccadilles à lui reprocher, puisqu'il dénie tout bonnement au droit commun allemand un système qui lui soit propre, et affirme que ce droit a d'excellentes institutions, mais que tout ce qui est doctrine ou système y est de source romaine.

Dans son propre camp, M. Rosshirt a contre lui les ultra-romanistes, qui prétendent imposer aux peuples du XIXe siècle la loi des Douze Tables ou l'Édit perpétuel, prenant ce dernier titre un peu trop à la lettre. M. Rosshirt n'aime pas non plus beaucoup les siècles modernes et leurs philosophes; il est par contre un grand admirateur du moyen âge et de ses institutions paternelles. « Les nations étaient alors comme des enfants, » dit-il[1], ne voyant pas quelle arme il met par ces mots aux mains de ses adversaires, qui peuvent lui rétorquer son argument et lui dire que c'est précisément parce qu'un grand nombre de

[1] Note 1 de la page 66.

Digitized by Google

nations du XIXe siècle ne sont plus des enfants qu'elles ne se soucient pas des institutions paternelles du moyen âge.

Enfin M. Rosshirt est un catholique très-zélé et fervent défenseur de l'Église et de la Papauté, mais qui, par ses attaques, s'est créé de dangereux adversaires parmi le grand nombre de jurisconsultes protestants de l'Allemagne. Ne se laisse-t-il pas évidemment entraîner à prendre l'idéal pour la réalité quand, parlant du rôle de la papauté au moyen âge, il trace ces lignes : « L'Église remplit comme toujours sur la terre son but, en sauvegardant la liberté contre les excès du bras séculier..... L'Église est l'intelligence qui lutte contre la force et non pas une idée humaine de coercition ; car, en réalité, ce sont les révolutionnaires qui ont voulu donner à l'Église le caractère d'une puissance mondaine, ce qu'elle ne veut ni ne doit jamais être. »

Il y a là tout un volume à répondre si on voulait rappeler l'auteur aux tristes réalités de l'histoire ; contentons-nous de remarquer que, d'après sa doctrine, le plus grand des révolutionnaires passés et à venir serait le pape Grégoire VII.

Nous avons esquissé l'écrivain ; voyons l'ouvrage. Cet amour pour l'Église, ce zèle pour le catholicisme, ont conduit l'auteur, qui a successivement traité avec distinction dans son ouvrage du droit romain, de la procédure et du droit criminel, à l'étude du droit canon, qui est devenue pour ainsi dire son étude de prédilection et à laquelle il pense vouer les dernières années de sa carrière si bien remplie ; il est pénétré de cette pensée que l'importance du droit canonique dans la formation du droit des nations chrétiennes de l'Europe n'est pas suffisamment reconnue, et que cette législation a joué pendant une longue série de siècles le rôle que le droit prétorien ou honoraire a rempli à Rome. C'est là une haute et belle pensée qui donne au droit canonique une place dans l'histoire générale de la philosophie du droit, bien plus importante que celle qu'elle occupe comme législation de l'Église. En un mot, M. Rosshirt aspire à être le Savigny du droit canonique.

Cette idée qui domine tout l'ouvrage n'a rien d'extraordinaire pour les jurisconsultes français ; il est reconnu par eux que dans la fusion de l'élément romain et germanique qui a produit le droit français, l'influence de l'Église, du clergé et des lois canoniques a été le ciment qui a réuni les deux matières hétérogènes après les avoir préparées chacune séparément à cette opération ;

Digitized by Google

nous-même avons eu plusieurs fois l'occasion de l'indiquer et nous y avons consacré un chapitre spécial dans notre *Histoire de la famille en France*[1]. Cependant un ouvrage spécial nous manque, et ce sera l'honneur de l'Académie de législation de Toulouse d'avoir mis au concours, pour 1855, d'*apprécier l'influence du droit canonique sur la formation et les progrès de la législation française*, et d'avoir demandé un exposé substantiel de ce que ce droit a apporté d'éléments à la législation sur le mariage, la constitution de la famille, les testaments, la théorie des contrats et obligations, les actions possessoires, la procédure civile et criminelle, les preuves, etc., ainsi que ce que les lois de l'Église ont fait pour la moralisation de la vie juridique et pour le triomphe de l'équité et de l'unité.

La pensée qui a guidé le professeur de Heidelberg a mis simultanément la plume à la main d'un des plus savants professeurs de la Faculté de droit de Paris. Vers la fin de l'année 1853, M. Charles Giraud a communiqué à l'Académie de législation de Toulouse un mémoire *sur l'Intérêt qu'offre l'étude du droit canonique au point de vue purement scientifique*. Mais loin de s'en tenir à ce point de vue isolé, après avoir constaté l'importance qu'avait eu autrefois l'enseignement du droit canonique qui touchait aux institutions sociales les plus importantes et par la juridiction ecclésiastique à un très-grand nombre de matières du droit commun, le savant académicien a exposé à grands traits les divers caractères de ce droit, son influence bienfaisante et décisive sur la civilisation en général et le mouvement juridique en particulier; ensuite il a retracé l'histoire de la codification, ainsi que l'économie des diverses parties du corps du droit canonique.

L'ouvrage de M. Rosshirt est plutôt une ébauche qu'une œuvre terminée, comme il en convient lui-même; on dirait un tableau inachevé, qui révèle dans ses esquisses la main du maître. Car, quoique nous soyons de ceux qui, sur les grandes questions, se trouvent dans un autre camp que celui de l'auteur, quoique nous ne sacrifions pas la philosophie à l'Église, l'élément germanique au *corpus juris*, Cujas à Bartole et l'esprit du XIXe siècle à celui du moyen âge, nous admirons la science et les aperçus ingénieux qui se trouvent réunis

[1] Chap. V, p. 166-180.

Digitized by Google

dans cet ouvrage. Les voies différentes que le développement du droit a suivi en Italie, en France et en Allemagne, les trois pays qui l'occupent spécialement et la position prise par le droit romain dans ces trois pays, sont traitées de main de maître. Les rapports si enchevêtrés entre le droit romain et le droit canonique sont exposés avec une sagacité peu commune; car si le droit canonique a pris le plus souvent les lois romaines comme base, en les appropriant à l'état des mœurs et de la civilisation, quelquefois aussi la législation pontificale s'est dressée en ennemie en face du droit romain. Les décrétales d'Honorius III et d'Innocent IV n'aspiraient à rien moins qu'à étouffer l'étude et la propagation des lois romaines dans la chrétienté[1].

La description de l'influence que le droit canonique a exercée sur le droit et le progrès en général (p. 141, 432, 436), sur le droit civil dans ses différentes parties, sur le droit pénal et sur la procédure, est la partie la plus savante et la plus substantielle.

C'est la procédure civile qui a été le produit le plus important des lois canoniques et qui a subi les plus grandes transformations. La majeure partie des dispositions qui règlent encore aujourd'hui l'administration de la justice civile dans le centre et l'occident de l'Europe proviennent des lois canoniques. Quant à la procédure pénale, la pratique des tribunaux spirituels a apporté au moyen âge d'immenses bienfaits en substituant une procédure régulière et écrite aux sauvages expédients de la justice des conquérants germaniques et aux voies judiciaires devenues impraticables de l'ancienne Rome; mais aujourd'hui plus d'un pays de l'Europe gémit encore sous les ténèbres de l'instruction écrite et secrète, et toutes les nations qui sont dignes de s'appeler libres aspirent à cette justice ouverte, publique, orale et contradictoire, dont ce pays privilégié de France jouit depuis deux générations. Le sanctuaire de la justice doit rester ouvert jour et nuit au riche comme au pauvre, comme le Temple, car c'est aussi une maison de Dieu, là où on rend la justice, et les poëtes de l'antiquité disaient avec raison que le règne des dieux sur la terre c'était le règne de la justice.

Les deux appendices ne sont pas la partie la moins intéressante du livre de M. Rosshirt; ils contiennent des détails sur les

[1] Tout le monde connaît la décrétale *Super specula* du pape Honorius III (1220), particulièrement propre à la France. Philippe le Bel en parle dans son édit de 1312. V. Ducange, Glossaire, v° *Jus scriptum*.

Digitized by Google

sources et les auteurs du droit romain et canonique, une espèce d'indication pour ceux qui voudraient écrire une histoire littéraire de ces deux éléments au moyen âge. L'auteur termine par une notice historique sur l'origine des *notarii* et des *tabelliones;* ce sont ces derniers qui sont devenus les notaires modernes, tandis que les *notarii* du moyen âge étaient des secrétaires ou des greffiers, selon nos idées d'aujourd'hui.

Pour terminer, nous dirons que M. Rossbirt se distingue par une connaissance très-approfondie de la littérature et des sources du droit italien au moyen âge. Il remet sur le piédestal Bartole et son école, et la citation de nombreux brocards italiens [1] prouve la prédilection du savant professeur pour le berceau moderne des sciences, des lettres et des arts. KOENIGSWARTER.

JURISPRUDENCE ET DOCTRINE EN MATIÈRE D'ABORDAGE,

Ou Commentaire pratique des articles 407, 435 et 436 du Code de commerce, par M. SIBILLE, avoué près le tribunal de Nantes.— Paris, Aug. Durand.

Par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale.

C'est un livre bon, utile et modeste. L'auteur avoue avec candeur qu'il ne voit dans son livre qu'une compilation. Soit. Mais c'est une compilation faite avec méthode et par un homme qui possède sa matière : ce qui est plus rare que l'auteur ne paraît se l'imaginer.

Aussi n'est-ce pas une simple compilation : l'auteur y a mis du sien plus qu'il ne dit, car il ne se borne pas à extraire et à exposer le pour et le contre sur chaque question; il donne toujours son opinion personnelle, soit avant d'exposer la difficulté, soit après le tableau des systèmes différents, et son opinion est presque toujours vraie; il la déduit exactement des principes.

La matière est circonscrite, très-circonscrite : c'est peut-être un défaut; mais l'auteur l'a élargie en comparant sans cesse le droit de la navigation maritime à celui de la navigation fluviale;

[1] Par exemple :

« Chi non ha Azzo,
Non vada in palazzo. »

« Quello legista senza Capitolo vale poco :
Mà lo canonista senze lege vale niente. »

Digitized by Google

il l'a élargie en portant la lumière de la discussion sur la compétence, et en traitant ces questions abstraites, il s'est tenu dans les vrais principes ; il a rendu aux tribunaux civils ce que la loi ne leur a jamais ôté et qu'une juridiction d'exception ne manque jamais de s'arroger.

Il l'a élargie encore en entrant dans les détails de faits de sa matière, dans le détail des précautions prescrites pour éviter le heurt des navires en cours de navigation, en réunissant tous les documents judiciaires, administratifs ou doctrinaux qu'il a pu rassembler; enfin en comparant sans cesse à la doctrine française sur l'abordage des bâtiments de mer la doctrine des autres nations.

Non que je pense que, sur toutes matières, il faille faire de la législation comparée. Tout, même le bien, a son écueil, et la comparaison des législations me semble plus tenir du publiciste que du jurisconsulte.

Mais le sujet l'exigeait; mais quand on écrit pour l'utilité des capitaines et patrons de navires, il ne faut pas oublier qu'ils seront exposés activement ou passivement au conflit avec des étrangers ou sur une mer étrangère : il est précieux pour eux d'avoir des notions exactes sur les conséquences judiciaires des faits en pays étrangers; il ne l'est pas moins pour une difficulté en France avec un capitaine étranger de savoir tout d'un coup qu'une offre, insolite pour nous, n'est pas dictée par la mauvaise foi, mais qu'elle prend sa source dans les habitudes légales de l'adversaire.

Ce livre est utile, très-utile pour tous ceux qui se livrent au commerce maritime; il est utile à tout entrepreneur de transports sur les rivières. Les abordages sont nombreux même dans la navigation fluviale, et il importe de ne pas faire fausse route dès le début de l'instance, et de ne pas emprunter aux lois maritimes ce qui doit être jugé seulement par le droit civil ou par les lois commerciales ordinaires. Recommandons donc aux hommes spéciaux une première lecture attentive d'un livre qui leur servira sûrement de premier Conseil en cas de sinistre, et qu'ils ouvriront ensuite avec avantage quand ils l'auront une fois lu et se seront pénétrés de ses divisions.

Quant aux avocats, c'est un trésor en réserve pour l'occasion; c'est une case fermée de la mémoire qui vient à s'ouvrir dès qu'on y frappe. Rien n'est plus secourable que ces monographies qui épuisent une matière dont l'appréciation n'est pas de

Digitized by Google

tous les jours. En deux heures nous devenons *docti cum libro :* nos études journalières convergent avec ce que nous rappelle l'auteur; nous refaisons l'ouvrage en le lisant; nous retrouvons des analogies qui complètent ce qu'il a dit, des autorités qui l'appuient ou le combattent; nous comparons les espèces amoncelées dans l'ouvrage à l'espèce qui nous est soumise, et l'opinion se forme plus sûrement et plus rapidement.

On a grand tort, quand un homme laborieux a fait une œuvre consciencieuse sur trois articles d'un Code, d'attendre l'occasion pour avoir son ouvrage. Ces livres-là ont rarement plus d'une édition, et quand on les voudra, on pourra bien ne les plus retrouver.

COIN-DELISLE.

CHRONIQUE.

Loi de la Confédération germanique, en date du 26 janvier 1854, relative a l'extradition réciproque des malfaiteurs. — Art. 1. La loi fédérale du 18 août 1836, qui concerne l'extradition pour délits politiques, continue à être en vigueur; les dispositions de la présente loi lui sont aussi applicables. Les États de la Confédération s'obligent en outre à livrer les individus arrêtés, prévenus ou condamnés par les tribunaux du pays où ils auront commis un crime ou un délit, pourvu que les faits soient qualifiés crime ou délit par les lois du pays où l'extradition est demandée et que la peine n'y soit pas prescrite. Sont exceptées les contraventions d'impôts, de police et de douanes. Sont exceptés en outre les cas suivants :

1° Lorsque l'individu est sujet du pays où l'extradition est demandée;

2° Lorsque, d'après les lois du même pays, les tribunaux sont compétents pour statuer sur les faits poursuivis;

3° Lorsque l'individu poursuivi est arrêté dans ce pays pour d'autres crimes ou délits, ou pour dettes et engagements civils.

Art. 2. Dans les cas indiqués par l'article précédent, n° 3, l'extradition n'aura lieu qu'après l'acquittement, après que la peine aura été subie ou que l'arrestation aura cessé.

Art. 3. On remettra avec l'individu arrêté les objets trouvés en sa possession et ceux qui pourront servir à la constatation du crime ou délit.

Art. 4. L'extradition aura lieu à la réquisition du tribunal

Digitized by Google

compétent ou du chef de la prison où l'individu poursuivi était détenu, adressée aux autorités judiciaires ou de police du canton où il se trouve.

La demande énoncera le crime ou délit pour lequel il est poursuivi et a été condamné, la date, le tribunal qui a prononcé la condamnation et le contenu du jugement.

L'autorité requise prendra aussitôt les mesures légales pour l'examen et pour l'exécution de la demande. L'extradition s'effectuera par l'endroit de la frontière le plus rapproché du lieu de l'arrestation.

Art. 5. Si l'extradition est demandée par plusieurs États à la fois, celui qui aura fait la première demande l'obtiendra.

Art. 6. Les frais d'arrestation et d'entretien de l'individu, et les frais de saisie des objets de conviction, sont comptés du jour de l'arrestation; dans les cas indiqués par l'article 1, nº 3, du jour de l'acquittement ou de la peine subie jusqu'au jour de l'extradition, et seront remboursés par le tribunal qui aura demandé l'extradition aussitôt après avoir reçu communication de l'état des frais.

Art. 7. Les individus livrés par l'un des États de la Confédération ou par un État étranger seront transportés librement d'un État dans l'autre. Cette obligation, toutefois, est soumise aux conditions réglées par l'article 1, nºs 1 à 3.

Art. 8. L'entretien des individus arrêtés et des objets saisis se réglera dans les pays que le convoi doit traverser de la manière décrite ci-dessus par les pays où l'extradition est demandée; les frais seront remboursés également.

Art. 9. Les autorités chargées de l'extradition remettront, avec l'individu livré, un certificat de transport. Le certificat contiendra les frais faits dans les deux pays que le transporté doit traverser. Les frais, remboursés successivement par chaque État à l'État le plus voisin, seront remboursés intégralement lors de l'extradition par le tribunal ou l'autorité en ayant formé la demande.

Art. 10. Sont abrogés les traités d'extradition conclus entre les divers États de la Confédération, dont les dispositions sont incompatibles avec le présent traité, à moins qu'ils ne contiennent des engagements particuliers sur l'exécution des extraditions et sur le remboursement des frais.

Les traités d'extradition conclus avec les pays étrangers seront renouvelés conformément aux dispositions du présent traité.

Art. 11. Le présent traité fédéral n'est pas applicable au duché de Limbourg.

BERGSON.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Nicias-Gaillard, premier avocat général à la Cour de cassation.

DEUXIÈME ARTICLE.

DE L'EXPERTISE EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE.

Mode de nomination des experts. — Pouvoir du juge, droit des parties. — Absence de réserves dans le jugement qui nomme les experts d'office. — Diverses distinctions : expertise obligatoire ou facultative ; ordonnée d'office ou sur les conclusions de l'une des parties. — Cas où il y a des mineurs en cause. — Tribunal de commerce ; désignation à l'audience.

Cour de cassation, ch. civ., 20 novembre 1854 : *Pernetty C. de Saint-Albin.* — Au fond, il s'agissait de savoir si une somme de 100,000 francs, stipulée dans un acte de société commerciale, au profit du *sieur Pernetty*, représenté dans la cause par son fils mineur, était réellement due. Le *sieur de Saint-Albin* soutenait que la stipulation n'eût pu avoir d'effet qu'autant que la Société eût prospéré et qu'on eût trouvé à prélever 100,000 fr. sur ses bénéfices. Les choses ayant tourné tout autrement, et la Société étant en perte, elle n'avait rien et ne pouvait rien donner.

La Cour de Paris adopta cette interprétation ; il ne s'agissait plus dès lors que de vérifier la situation de la société. Pour cela une expertise fut jugée nécessaire ; un arrêt du 22 mars 1853 ordonna, avant dire droit, que par trois experts que la Cour désignait il serait procédé à l'établissement exact du passif et de l'actif de la Société, et, pour y parvenir, à la vérification de la comptabilité, à l'estimation du matériel de l'exploitation et de la clientèle ou achalandage.

Pourvoi de la dame Pernetty. Elle soutenait, entre autres moyens, que la Cour de Paris avait violé les art. 302 et suiv., du code de proc. civ., en ce que cette Cour avait désigné les experts d'office sans laisser aux parties la faculté de les désigner.

De là plusieurs questions :

1° L'art. 305, C. pr. (1er alinéa) emporte-t-il nullité en cas d'inobservation ?

Digitized by Google

Y a-t-il à distinguer, à cet égard, entre le cas où le jugement qui nomme les experts d'office refuse aux parties la faculté d'en choisir d'autres de commun accord, et celui où le jugement omet seulement de leur réserver ce droit?

2° L'art. 305 n'est-il obligatoire que lorsqu'il s'agit d'une expertise prescrite par la loi, comme en matière d'enregistrement? A supposer qu'il soit applicable au cas où l'expertise n'est que facultative, ne faut-il pas du moins que les parties y aient conclu?

3° N'est-ce pas toujours d'office que la nomination des experts doit avoir lieu, lorsqu'il y a mineur en cause?

4° Quelles sont, en cette matière, les règles à suivre devant les tribunaux de commerce?

§ 1er. *Nomination des experts. — Pouvoir du juge et droit des parties. — Absence de réserves dans le jugement qui nomme les experts d'office.* — La loi, malgré le pouvoir qu'elle confère au juge et la confiance qu'il lui inspire, ne le fait intervenir, même au cours du procès, que sur les points sur lesquels les parties ne sont pas d'accord. Il en est ainsi notamment quand il s'agit de nommer des experts. Le choix en appartient d'abord aux parties; si elles s'entendent à cet égard, le juge n'a qu'à leur en donner acte (C. proc. 304). N'ont-elles pas commencé par faire aussi bien et faut-il que la justice choisisse pour elles, cette nomination d'office, qui remplace la désignation amiable, ne sera du moins que conditionnelle. Les parties n'ont pas perdu leur droit, elles peuvent encore en user utilement. La loi consent à les attendre, tant a de prix pour elle un rapprochement même passager! Quand enfin il lui faut renoncer à l'espoir de voir les parties se mettre d'accord, elle donne effet à la nomination judiciaire, mais ce n'est qu'à regret. Elle voudrait la paix, s'il était possible, même au milieu de la guerre.

En cela, du reste, la loi nouvelle n'a eu qu'à suivre nos anciennes ordonnances. L'ordonnance de 1667, tit. 21, art. 9, n'admettait aussi la nomination d'office *qu'en cas de refus par l'une et l'autre des parties*, et elle avait elle-même emprunté cette disposition à l'ordonnance de 1579 (l'ordonnance de Blois), art. 162. La coutume de Paris disait de même (art. 184) : « En toutes matières sujettes à visitation, les parties doivent convenir en jugement de jurés ou experts et gens à ce connaissant.....

Digitized by Google

et *où les parties ne conviennent de personnes, le juge en nomme d'office.* »

Cette règle, à ce qu'il paraît, n'était point comme tant d'autres qui, manquant de force pour se faire obéir, étaient alors éludées ou violées impunément; la pratique, si souvent relâchée par la négligence du juge ou corrompue *par la malice des plaideurs*[1], se soumettait, en cela, à la souveraineté de la loi. « Le juge, disait Bornier[2], ne doit point nommer d'experts, sinon lorsque les parties refusent d'en convenir et se rapportent à lui d'en nommer, ou qu'ils ne peuvent s'accorder, parce que ce droit de nomination leur étant acquis respectivement, elles y doivent renoncer ou le perdre par leur négligence. » Un arrêt du 4 juin 1731, cité par[3] Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v° *Expert*, édition de 1791[4], et par les auteurs du *Nouveau Denizart*, au même mot, annule[5] une procédure pour avoir, entre autres vices, contrevenu à cette règle[6].

Les auteurs[7] se plaisaient même à lui reconnaître cet autre genre d'autorité que le temps prête à toutes choses, surtout aux lois; ils en trouvaient l'origine dans divers textes du droit romain[8], et ils applaudissaient à cette sagesse des législateurs qui ne s'était pas démentie.

Toutefois, si les lois nouvelles n'y ont pas attaché moins de prix, il peut sembler d'abord que la jurisprudence ne s'est pas toujours montrée aussi ferme pour en assurer l'exécution. C'est ainsi qu'on cite[9] un arrêt de la Cour de cassation (chambre des requêtes), en date du 25 juillet 1840, comme *ayant posé en principe* que l'article 305 C. pr. n'était pas prescrit à peine de

[1] Préambule de l'ordonnance de 1669.

[2] V. aussi Ferrière sur l'article 184 de la coutume de Paris; Bourjon, *Droit commun de la France*, t. II, p. 29; Lange, *Pratique civile et criminelle*, p. 211 et 559.

[3] Charondas le Caron, dans ses *Notes sur le Code Henri*, p. 167, n° 7, cite un autre arrêt en date du 17 août 1609.

[4] Cette citation ne se trouve pas dans les éditions précédentes.

[5] Sur les conclusions de M. l'avocat général Gilbert, suivant l'annotateur de Ferrière; sur celle de Talon, suivant le *Nouveau Denizart*.

[6] V. ce que nous disons plus bas sur le sens précis de cette décision.

[7] Bornier et Charondas le Caron, *loc. cit.*

[8] L. *Hac edictali*, *C. de sec. nupt.*, § 1; L. 2, *Cod. de rescind. vend.*; L. 3, *Cod. de pign.*, et, *ibi*, Balde, Barthole, etc.

[9] Dalloz, *Jurispr. gén.*, 2e édit., v° *Expert*, n° 9.

Digitized by Google

nullité. Cet arrêt[1] nous semble être beaucoup moins formel qu'on ne le suppose ; on peut, dans tous les cas, lui opposer un arrêt de la chambre civile du 15 juin 1830 (D. P., 30, 1, 283) et les considérants de deux autres arrêts, des 20 août 1828 et 22 février 1837 (D. P., 28, 1, 393 et 37, 1, 98; S. 29, 1, 34, et 37, 1, 243), ainsi que divers arrêts de Cours d'appel (Paris, 11 février 1811; Bruxelles, 6 août 1808, etc.: Dall., *Jur. gén.*, n° 90).

C'est qu'en effet si la nullité n'est pas exprimée, elle n'en est pas moins dans la loi. Il ne s'agit point ici d'une de ces nullités *d'exploits ou actes de procédure* auxquelles l'article 1030, C. pr. civ., restreint lui-même la règle qu'il consacre; il s'agit d'une nullité de jugement. La chose a bien autrement d'importance. Plus la loi attache de prix au jugement et lui communique de force et de puissance, plus elle est sévère, à son égard, sur les conditions de validité : indulgente pour les fautes des parties, elle croit faire honneur au juge en ne lui passant rien. En ce qui le regarde, tout est essentiel ; chaque prescription porte en elle-même sa sanction.

Les termes même des articles 304 et 305, la forme de leur rédaction, prouvent bien qu'il s'agit là de dispositions impérieuses, qui veulent être obéies strictement, et qui même ne supposent pas la désobéissance possible; elles ne donnent de pouvoir au juge que dans les conditions qu'elles déterminent; hors de ces conditions, il ne peut rien.

Toutefois, n'y a-t-il pas ici une distinction à faire? le pouvoir du juge est subordonné au droit des parties : la nomination d'office n'est autorisée qu'à défaut de désignation amiable; et même quand le juge a dû nommer, faute par les parties de s'entendre, leur accord, survenant après le jugement, lui ôte tout effet, quant au choix des personnes. Voilà le système de la loi tel que nous venons de l'exposer, en y laissant la peine de nullité, qui y est bien, quoique non écrite. Quelles sont les conséquences à tirer de ces principes? c'est maintenant ce qu'il nous faut voir.

Je suppose un tribunal qui, en ordonnant une expertise, refuse de donner acte aux parties des experts que, dans cette prévision, elles se sont accordées à nommer et prétend leur en

[1] Dalloz, *loc. cit.*, n° 173.

Digitized by Google

imposer de son choix. Que fait ce tribunal ? il commet un excès de pouvoir ; il viole l'article 304 : évidemment son jugement est nul.

Autre hypothèse. Les parties ne se sont point mises d'accord sur le choix de leurs experts avant le jugement qui ordonne l'expertise, le tribunal doit donc les nommer lui-même ; mais au lieu d'ordonner suivant la formule ordinaire, que « par experts qui seront convenus par les parties dans les trois jours de la signification du présent jugement, sinon *par tels et tels*, que le tribunal nomme d'office, les lieux contentieux seront vus et visités (ou bien telle autre vérification sera faite) ; » au lieu même de nommer d'office et directement les experts, en se bornant à ne pas parler du droit qui reste aux parties de s'entendre pour en désigner d'autres, le tribunal leur dénie ce droit par avance[1] ou refuse d'y avoir égard après qu'elles l'ont exercé. — La nullité n'est pas moins évidente.

Mais à présent, voici qu'au lieu de cette violation directe de la loi, de cette méconnaissance hardie du droit des parties, il n'y a à reprocher au jugement que son silence : il nomme lui-même des experts sans réserver la nomination amiable, mais aussi sans l'exclure. — Dans ce cas, y aura-t-il de même nullité ?

Tout d'abord, il faut convenir que la loi semble le vouloir ainsi : « Le jugement ordonne, » dit l'article 305 ; il ne suffit donc pas au juge de ne rien dire contre le droit des parties, il doit lui-même le proclamer et les mettre en demeure d'en user.

Ajoutons que c'est bien dans ce sens d'un avertissement exprès, d'une sorte de sommation faite par le juge aux parties, que s'expriment des auteurs fort recommandables. « L'expertise, dit M. Berryat-Saint-Prix, p. 302 (5e édition), est confiée à trois experts nommés par les parties en commun, ou lors du jugement ou dans les trois jours après la signification, sinon par le jugement même, *ex officio*. » Il ajoute en note, sur cette dernière partie de la phrase, relative à la nomination d'office : « Et par conséquent d'avance, pour le cas où les parties ne s'accorderaient pas ; *mais il est nécessaire qu'il leur enjoigne, ou qu'elles soient mises en demeure de nommer*. » Telle paraît

1 Ce qui semble être l'espèce de l'arrêt de Colmar du 3 avril 1830, affaire Hauser : Dall., *Jurispr. gén.*, *loc. cit.*, nos 74 et 90. — C'est aussi l'hypothèse de Chauveau sur Carré, t. III, no 1170.

Digitized by Google

bien être l'opinion de M. Chauveau [1], qui exige que le tribunal, tout en nommant d'office, *accorde* aux parties *le délai porté en l'art.* 305.

Enfin c'est ce qu'ont jugé divers arrêts de Cours d'appel, notamment ceux de Paris et Bruxelles cités plus haut. L'arrêt même de la Cour de cassation du 15 juin 1830 [2], semble être formel en ce sens : l'un de ses motifs pour casser, c'est que l'arrêt attaqué « *ne réserve pas* aux parties la faculté de convenir entre elles du choix des experts, dans le délai donné; qu'il ordonne, au contraire, d'une manière absolue et d'office, qu'en cas d'option pour cette expertise, il y sera procédé par l'ingénieur des ponts et chaussées de l'arrondissement, en quoi il viole expressément les articles cités (parmi lesquels, l'art. 305 Cod. pr.). » En remontant plus haut, n'est-ce pas aussi en ce sens qu'il faut entendre l'arrêt du 4 juin 1731 [3], qui juge, suivant Ferrière, *loc. cit.*, « que le juge ne peut point nommer d'office des experts pour une ou plusieurs parties, *qu'autant qu'elles ont été constituées en demeure* d'en nommer? »

Voilà assurément de nombreuses et graves autorités. Toutefois, je ne saurais confondre le silence que garde à tort le jugement sur le droit des parties avec une dénégation formelle de ce droit. J'aime mieux, avec M. Rodière [4], *attribuer aux juges un oubli qu'une violation intentionnelle de la loi;* et pour juger de l'effet de ce silence sur le jugement lui-même, je commence par me demander quel est celui qu'il peut produire sur le droit qu'on a omis de réserver.

Les parties ne peuvent-elles donc plus convenir d'experts désormais? S'il en est ainsi, le jugement est nul, car il leur a enlevé le bénéfice de la loi et je dirai presque une faculté naturelle : choisir des hommes qui, s'il est vrai qu'ils ne jugent pas, peuvent beaucoup sur ceux qui jugent, cela semble tenir au droit même de la défense. Comme nous ne connaissons pas de nullité de plein droit, moins encore contre les jugements; qu'un jugement vaut tant qu'il n'a pas été réformé et qu'il ne peut être réformé que par les voies légales; ce sera ainsi qu'il faudra atta-

[1] Sur Carré, t. III, n° 1161, et *Formulaire*, t. I, p. 122 et 123, aux notes.
[2] V. plus haut, p. 100.
[3] V. p. 99.
[4] *Procédure civile*, t. II, p. 162.

Digitized by Google

quer celui qui, dans la désignation des experts, aura prétendu se substituer au libre choix des intéressés.

Si, au contraire, les parties peuvent, tout aussi bien qu'auparavant ou tout aussi bien que si le jugement lui-même faisait réserve de leur droit, l'exercer ce droit et choisir en commun leurs experts, il n'y a point à attaquer une désignation impuissante, mais seulement à n'en pas tenir compte et à faire comme si elle n'existait pas. Qu'on l'ait dit ou non, cette désignation ne pouvait jamais être que provisoire et conditionnelle; nous avons, nous, mieux que cela, nous mettons dans le jugement le définitif, qui est à notre disposition.

Or il nous paraît que c'est ainsi que les choses doivent s'arranger. Les parties pouvaient (art. 304) prévenir l'intervention du magistrat dans le choix des personnes; à présent encore il dépend d'elles d'avoir le dernier mot. Leur droit était dans la loi; il y est bien encore, quoiqu'on n'en ait pas parlé.

Donc, les trois jours à partir de la signification du jugement qui ordonne l'expertise, leur resteront tels que l'art. 305 les leur accorde. La déclaration par eux faite au greffe dans ce délai, aura ses effets ordinaires, suivant l'art. 306. Faut-il bien même s'en tenir à ce court délai? La désignation amiable ne devra-t-elle pas être acceptée, tant que le juge-commissaire n'aura pas rendu l'ordonnance indicative du jour où les experts nommés d'office prêteront serment? Tant que le serment n'aura pas été prêté? peut-être même après le commencement des opérations, en tout état de cause?... Des auteurs recommandables vont jusque-là [1]. Nous n'avons point à les suivre aussi loin; il nous suffit de dire que tout ce que pourraient les parties si le jugement était rédigé dans la forme ordinaire, elles ne le pourront pas moins malgré l'omission qu'on est autorisé à lui reprocher. Leur droit ne s'arrêtera dans les deux cas également que lorsqu'elles seront présumées y avoir renoncé soit en laissant s'écouler le temps qui leur avait été donné pour en user, soit en faisant ou laissant faire quelque acte qui y serait virtuellement contraire [2].

[1] V. dans ce sens, mais avec les différences que nous venons d'indiquer: Boncenne, t. I, p. 459; Rodière, t. II, p. 162; Chauveau sur Carré, t. III, n° 1169; Dalloz, *Jurispr. gén.*, 2e édit., v° *Expertise.*

[2] V. Bornier, plus haut cité : « Le droit de nomination leur étant acquis » respectivement, *elles y doivent renoncer ou le perdre par leur négligence.* »

Digitized by Google

Et même, il faut le dire [1], on ne voit pas bien comment le jugement, dans ce cas, pourrait être argué de nullité. Si en effet l'une des parties poursuit l'exécution en prenant (art. 307) l'ordonnance du juge, en faisant aux experts nommés d'office sommation de prêter serment, il devient bien évident par là que cette partie ne veut pas désigner d'autres experts. Or, il faudrait qu'elle le voulût en même temps que l'autre partie. Si l'on n'a pas de convention amiable à opposer à la désignation d'office, cette désignation, que rien ne contrarie, conserve son effet. Celle des parties qui exécute a contre elle désormais son propre fait, et l'autre ne peut attaquer le jugement, c'est-à-dire la désignation d'office à elle seule. Il faudrait agir de concert. Ce qui a été fait demeure, en définitive, moins par une force qui lui soit propre que parce qu'on l'a bien voulu, ou du moins parce qu'on ne s'est pas accordé à vouloir le contraire.

Il n'y aurait difficulté que dans un cas, celui où l'une des parties, celle, par exemple, qui avait conclu à l'expertise, poursuivrait l'exécution dans le délai même de l'art. 305, c'est-à-dire avant l'expiration des trois jours accordés par la loi pour la désignation amiable des experts. Ce qui aurait été fait dans ce délai, l'ordonnance du juge, la prestation de serment des experts, et, par suite, les opérations ultérieures de ces experts, tout cela serait-il nul même au cas où il n'interviendrait pas de désignation de la part des parties?

La question est délicate. Un arrêt de la Cour de Toulouse, du 3 janvier 1816 [2], et l'arrêt déjà cité de la Cour de cassation, du 29 juillet 1820, l'ont décidée pour la négative; par le motif que la partie qui poursuit l'exécution de la nomination d'office montre assez par là qu'elle ne veut pas concourir à un choix amiable, ce qui rend ce choix impossible, puisqu'il ne peut avoir lieu que de concert. La Cour de Bruxelles a jugé en sens contraire, le 27 janvier 1817 [3]; elle a considéré comme nul le serment prêté par les experts avant l'expiration des trois jours, « les experts nommés d'office étant sans qualité pendant ce délai. » Cette doctrine paraîtra peut-être rigoureuse; nous serions cependant disposé à l'admettre de préférence, comme plus con-

[1] V. en ce sens Chauveau, n° 1161.
[2] Dalloz, *Jurispr. gén.*, *loc. cit.*, n° 173.
[3] Dalloz, *loc. cit.*, n° 173.

Digitized by Google

forme au texte (art. 305 et 307) et à l'esprit de la loi. Sans doute il faut, pour que d'autres experts soient substitués aux experts nommés d'office, le commun consentement des parties; mais les parties ont trois jours pour consentir; elles ne peuvent pas renoncer par anticipation à cette faculté. La loi espère la conciliation jusqu'au dernier moment, et elle ne veut rien perdre de ce court délai.

Du reste, la question n'est pas propre à cette partie de la matière dont nous nous occupons plus spécialement en ce moment. Le jugement eût fait réserve du droit des parties, qu'il n'y en aurait pas moins à se demander ce qu'il arriverait, si l'une d'elles anticipait le délai.

§ 2. *Faut-il, pour que les art.* 302 *et suiv. C. pr. reçoivent leur application, que l'expertise soit obligatoire pour le juge, ou, du moins, que les parties y aient conclu?* — C'est ici plus particulièrement que nous avons à combattre la jurisprudence. On lit dans un arrêt de la Chambre civile, du 22 février 1837[1] : « L'art. 303 C. pr., qui dispose, en termes impératifs et restrictifs, que l'expertise ne pourra se faire que par trois experts, à moins que les parties ne consentent qu'il soit procédé par un seul, ne doit être entendu que subordonnément à l'art. 302, portant : *lorsqu'il y aura lieu à un rapport d'experts*, c'est-à-dire dans le cas où la nécessité d'une expertise résulte, soit de la demande formelle de l'une ou de l'autre des parties, soit d'une disposition légale qui l'ordonne, comme dans les art. 1678 C. civ., 969 C. pr. ou autres semblables. »

La question, il faut bien le dire, n'était pas exactement la même que celle que nous discutons. Dans une instance pendante devant la Cour de Bourges, entre une commune et le marquis de Belâbre, au sujet de brandes dont on se disputait la propriété, un ingénieur avait été commis d'office pour dresser, en présence des parties et de leurs indicateurs, un plan des brandes litigieuses, appliquer à ce plan les titres qui seraient représentés par chacune des parties ; « en un mot, dit l'arrêt dont nous avons reproduit l'un des considérants, pour éclairer et vérifier de simples points de fait. » L'arrêt ajoutait : « que le rapport de cet expert ne contenait, dans sa conclusion, l'énonciation d'aucun arrêt; qu'il n'était, en dernière analyse, qu'un

[1] D. P., 37, 1, 98.

Digitized by Google

simple procès-verbal dressé à titre de renseignement; » et de ces faits il tirait la conséquence que les art. 303, 304 et 305 n'avaient pas été violés; ces articles, et notamment l'art. 303, n'étant pas applicables, « lorsque les tribunaux, maîtres de se décider d'après tous les renseignements qui viennent à leur connaissance, nomment d'office une personne dans laquelle ils ont confiance pour leur donner les renseignements qui leur manquent. »

Ainsi, ce que cet arrêt juge précisément, et la cause ne lui donnait à juger rien de plus, c'est que les formes tracées par la loi au titre *des rapports d'experts*, en ce qui concerne la nomination des experts, ne sont applicables que lorsqu'il s'agit d'une expertise proprement dite et non pas de *simples renseignements* demandés d'office par le tribunal à un homme de l'art en qui il a confiance. Même décision dans deux autres arrêts de la Cour de cassation des 10 juillet 1834 et 12 juin 1838 [1]. C'est surtout par opposition au cas où il ne s'agit *que de renseignements* reconnus nécessaires que la Cour juge, dans ces trois arrêts, « que l'art. 303 n'est littéralement applicable que lorsque *l'expertise* est prescrite par la loi ou lorsqu'elle est demandée par l'une des parties. » Seulement, à l'appui de cette doctrine déjà si contestable, de cette distinction hasardée entre *l'expertise* et la demande de *renseignements*, l'arrêt du 22 fév. 1837, dans le considérant reproduit plus haut, ajoute qu'il *n'y a lieu à un rapport d'experts*, dans le sens de l'art. 302, et, par suite, dans l'hypothèse des art. 304 et 305, que « lorsque la nécessité d'une expertise résulte, soit de la demande formelle de l'une ou de l'autre des parties, soit d'une disposition légale qui l'ordonne; » ce que la Cour paraît bien entendre, même d'une véritable expertise, et ce qui étend bien plus loin la portée doctrinale de l'arrêt.

Il faut même ajouter que, dans un arrêt plus récent, puisqu'il est du 28 fév. 1848 [2], la question se présentant *in terminis* et formant la matière d'un moyen particulier du pourvoi, la Cour de cassation, ch. civile, l'a résolue en termes exprès et de la

[1] D. P., 34, 1, 328, et 38, 1, 232. *Jurispr. gén.*, 2e édit., *loc. cit.*, n° 79.

[2] *Journal des avoués*, t. LXXIII, p. 496. Il est remarquable que cet arrêt, tel qu'il est rapporté dans les recueils de MM. Dalloz et Villeneuve (D. P., 48, 1, 122, et S. V., 48, 1, 311), ne contient point le considérant relatif à ce moyen. Aussi la question n'est-elle point posée dans le sommaire.

Digitized by Google

manière la plus formelle : « Sur le 4e moyen, tiré de la violation » des art. 303 et 305 C. pr., attendu que les dispositions des » articles invoqués ne sont point applicables aux vérifications » et expertises ordonnées d'office... rejette. »

Ici il n'y a point à essayer d'expliquer ou de concilier. En présence d'une doctrine aussi nettement formulée, il faut ou se rendre ou combattre. J'en prends mon parti : je suis pour la loi contre les arrêts.

Ne parlons plus de cette première distinction qu'on prétend introduire. Un homme *à ce connaissant, un prud'homme* que le juge commet, au cours de l'instance, pour vérifier, sous la foi du serment, un point litigieux et éclairer sa religion par le rapport qu'il lui en fera, qu'est-ce, osons le demander à la Cour de cassation elle-même, si ce n'est un *expert?* mais cette question n'est pas la nôtre en ce moment; deux autres distinctions sont proposées : l'une, entre l'expertise obligatoire (la loi elle-même prescrivant ce mode de vérification dans certains cas), et celle qui n'est que facultative pour le juge; l'autre, entre l'expertise à laquelle les parties ou l'une d'elles ont conclu et l'expertise ordonnée d'office. — Pour ces deux distinctions également, je demande où il y en a trace, du moins en ce qui regarde le mode de nomination des experts.

Ce n'est pas dans les anciennes ordonnances, ni dans la coutume de Paris, ni dans la doctrine des anciens auteurs, ni dans l'ancienne jurisprudence; nulle part, dans l'ancien droit, nous n'en avons vu un mot. Est-ce la loi nouvelle qui en parle? pas le moins du monde. Le Code de procédure civile a un titre *des rapports d'experts.* Il y est question d'une sorte d'expertise; il n'y en a pas trois ou quatre. Ces distinctions ingénieuses que l'on a multipliées depuis, la loi ne les a point imaginées. C'était bien pourtant le moment d'en parler, car s'il y a vraiment plusieurs espèces d'expertises et qu'elles diffèrent entre elles sous des rapports importants, chacune d'elles doit avoir ses règles et sa procédure. Mais non, la loi n'en connaît qu'une, et elle ne trace qu'une règle parce qu'elle n'a qu'une règle à tracer.

On se demande en effet ce que peut mettre de différence dans le mode de nomination des experts, la circonstance que l'expertise est obligatoire ou facultative, requise par les parties ou ordonnée *d'office* par le juge. Si les parties ont intérêt à choisir elles-mêmes leurs experts, cet intérêt n'est-il pas le même dans

Digitized by Google

tous les cas? les experts ne jugent plus le procès : ils donnent leur avis au juge, qui, dans les cas ordinaires, n'est pas tenu de s'y conformer : mais cet avis est toujours d'une grande importance ; choisir qui doit le donner, c'est pour les plaideurs une partie de leur défense. Aujourd'hui, il est vrai, il faut qu'ils s'accordent sur le choix de tous les experts [1] : la loi ne se contente plus d'une désignation individuelle, elle exige une nomination collective, un choix commun; du reste, les parties ont la préférence sur le juge lui-même. Nous avons vu les motifs de cette préférence, qui est digne de la sagesse de la loi.

Or, ces motifs conservent toute leur force, que l'expertise soit obligatoire ou facultative, qu'elle ait été requise par les parties ou ordonnée d'office par le juge. Ces différences, étrangères au mode de nomination des experts, ne peuvent faire ni que les parties soient moins intéressées à prendre pour représentants des hommes de leur choix, ni que la loi, dont le principal objet est de maintenir la paix dans la société et qui ne cesse pas de la désirer même au plus fort de la guerre, soit moins satisfaite de cette sorte d'arbitrage qui peut modérer l'ardeur de la lutte et qui, tout au moins, sera une trève d'un moment.

L'argument de texte que l'arrêt du 22 février 1837 croit pouvoir emprunter à l'art. 302, ne justifie aucunement cet arrêt. *Lorsqu'il y aura lieu à un rapport d'experts*, dit cet article; mais sans doute! il ne peut être question de nommer des experts que lorsqu'une expertise a été ordonnée, et une expertise ne doit être ordonnée que lorsqu'*il y a lieu à un rapport d'experts;* mais quand *y a-t-il lieu à un rapport d'experts?* ce n'est pas seulement lorsque la loi l'ordonne : autrement que deviendrait la distinction entre l'expertise obligatoire et l'expertise facultative? C'est aussi quand le juge, à qui toutes les voies d'instruction sont ouvertes pour éclairer sa religion, trouve à propos d'y recourir. Ou bien encore, quand *y a-t-il lieu à un rapport d'experts?* Ce n'est pas seulement lorsque l'une des parties y a conclu ou même qu'il y a sur ce point accord des deux parties : il ne suffit pas que l'expertise soit demandée, il faut que le juge l'accorde : en cela, il conserve bien tous ses

[1] On a vu, par les textes plus haut cités de la coutume de Paris et des anciennes ordonnances, qu'il en était autrement alors.

Digitized by Google

droits. Si donc, sur ce point, tout dépend du juge, ce qu'il ordonne de lui-même vaut autant que ce qu'il accorde aux parties. Mais surtout cette différence dans l'initiative de la mesure, y eût-il quelque rapport sous lequel elle fût à considérer, ne peut rien sur le mode de nomination de ceux que la justice charge d'y procéder.

En résumé, l'opinion que nous combattons n'a aucun appui dans la législation ancienne ou nouvelle. Repoussée par le *texte*, elle ne l'est pas moins par *l'esprit*. Elle distingue là où la loi ne distingue pas, ce qui est un grand vice en matière d'interprétation, et quand elle a créé par là un prétendu mode nouveau de vérification, elle ne trouve plus de nom à lui donner, ni de règles à y appliquer, ni de formes qui en déterminent et en assurent l'application [1].

§ 3. *N'est-ce pas toujours d'office que la nomination des experts doit avoir lieu, lorsqu'un mineur est partie en cause?*

Ici, ce n'est point contre les arrêts que nous avons à lutter, c'est contre les auteurs. Nous ne connaissons sur la question que trois arrêts de Cours d'appel : l'un, de la cour de Douai, du 12 mai 1827 (D. P., 27, 2, 134; *Journ. des avoués*, 33, 374), l'a jugée dans le sens de l'affirmative; les deux autres : Poitiers, 19 août 1806, et Rennes, 24 mars 1813 (Dall., *Jur. gén.*, 2e édit., v° *Expertise*, n° 99, et Sir., *C. cr.*, 4, 2, 281), se sont prononcés dans l'autre sens. Quant aux auteurs, la plupart enseignent que le mineur, ou le tuteur, pour lui, est incapable de choisir des experts : parmi eux on cite surtout, avec une haute et juste estime, M. le professeur Valette qui, dans ses notes sur Proudhon (t. II, p. 389), combat vivement, sur ce point, l'opinion professée dans l'ouvrage qu'il commente.

C'est cependant cette opinion qui nous semble être la meilleure.

Dans le système contraire, deux motifs principaux sont invoqués : l'un, une raison générale déduite du défaut de capacité des mineurs; l'autre, un argument tiré de l'article 466 du C. Nap., « pour obtenir à l'égard du mineur tout l'effet qu'il

[1] M. Boncenne (V., en sens contraire, Chauveau sur Carré, n° 1158) (t. IV, p. 463) qui, tout en trouvant l'*interprétation un peu hasardeuse*, finit cependant par l'adopter, la qualifie ainsi : *divinatio, non interpretatio*. Singulière manière de justifier un arrêt ! « Il y a des reproches qui louent et des louanges qui médisent. » (Larochefoucauld, *Maximes*.)

Digitized by Google

aurait entre majeurs. Le partage devra être fait en justice, et précédé d'une estimation faite par experts *nommés par le tribunal* de première instance du lieu de l'ouverture de la succession. » — Je répondrai d'abord à l'argument de texte.

S'il s'agissait d'examiner la question dans ses termes les plus généraux, il y aurait à cet argument une première réponse, ce serait que l'article 466 n'a trait qu'à un cas particulier, le cas où il s'agit d'un partage d'immeubles, et que rien n'autoriserait à l'étendre à toutes les instances, quel qu'en fût l'objet, dans lesquelles figurerait un mineur. Mais c'était bien dans l'espèce d'un partage que la question se présentait : d'un partage de société, il est vrai, mais on admettait que les règles à suivre étaient les mêmes dans les deux cas, conformément à l'article 1872, C. Nap. ; l'article 466 n'était donc point étendu au delà de son texte, et il ne s'agissait que de le bien entendre par rapport à son objet particulier.

Dans ces limites mêmes, des dispositions postérieures, de droit civil et de procédure, nous semblent lui avoir ôté toute force, ou plutôt, car nous ne pensons pas qu'il y eût autre chose à faire, elles en ont fixé le véritable sens, de telle manière que le système qui l'invoque ne peut désormais y trouver aucun appui.

Remarquons bien d'abord que l'article 466 du C. Nap. n'est point, quoiqu'il s'occupe des formes plus que ne le fait ordinairement le droit civil, une disposition, une loi de procédure, et que s'il y avait, dans le cas qu'il se proposait, des choses principales qu'il devait régler avec soin, il y avait aussi des détails de moindre importance auxquels il pouvait donner moins d'attention, ces détails devant se retrouver ailleurs et y être réglés d'une manière plus complète. Ainsi, quoiqu'à propos des conditions de validité des partages dans lesquels seraient intéressés des mineurs, le Code civil pût très-bien dire dès ce moment que ces partages seraient faits en justice et précédés d'une estimation faite par experts, il est sensible qu'il devait attacher beaucoup moins d'importance à décider si ces experts seraient choisis par les parties ou nommés d'office, la question appartenant bien plus au Code de procédure, qui viendrait à son tour et réglerait plus opportunément, plus complétement tous ces détails.

Il n'y avait pas même à attendre à cet égard le Code de

Digitized by Google

procédure; dans la loi civile, à laquelle on travaillait, au titre *des successions*, titre assez voisin de celui *de la minorité et de la tutelle*, il y avait un chapitre tout entier intitulé *du partage et des rapports*, et, dans ce chapitre, une longue section ayant pour titre *de l'action en partage et de sa forme*. Ce serait bien là le siége de la matière; d'autant que la loi s'y occuperait d'une manière plus particulière des partages concernant les mineurs, les majeurs, maîtres de leurs droits, pouvant sans inconvénient être abandonnés à eux-mêmes, et les formes n'étant plus qu'une gêne inutile, du moment qu'elles ne sont plus une garantie nécessaire.

Ainsi, en effet, arriva-t-il bientôt. Quelques jours[1] après l'art. 466, était promulgué, dans les conditions et à la place que nous venons de dire, l'art. 824 C. nap., lequel disposait : « L'estimation des immeubles est faite *par experts choisis par les parties intéressées, ou, à leur refus*, nommés d'office. »

Dès lors la question était résolue. Si l'art. 466 avait voulu autre chose, l'art. 824 y dérogeait : *posteriores leges prioribus derogant*. Si plutôt, comme il paraît vraisemblable, l'art. 466 n'avait rien entendu décider à cet égard, la règle non combattue se trouvait dans l'art. 824. Lui seul était loi.

On cherche donc où pouvait être la difficulté.

La difficulté, disaient ceux qui demandaient pour l'art. 466 plus que cet article n'avait jamais voulu pour lui-même, venait de ce que l'art. 466 était spécial pour les partages de mineurs, tandis que l'art. 824 est général pour tous les partages. Or, les lois générales ne dérogent point aux lois spéciales; c'est tout le contraire : *generi per speciem derogatur*.

Cette argumentation, qui est celle de la Cour de Douai, dans un arrêt du 12 mai 1827, et que les auteurs qui ont suivi la même opinion n'ont guère fait que reproduire, accuse, il faut en convenir, une singulière préoccupation : l'art. 838 n'est-il pas dans le Code, ou bien ne l'y a-t-on pas lu? « Si tous les cohéritiers ne sont pas présents, dit cet article, *ou s'il y a parmi eux des interdits ou des mineurs*, même émancipés, le partage doit être fait en justice, *conformément aux règles prescrites par*

[1] Le titre 10 du livre I du Code Napoléon, titre sous lequel se trouve l'article 466, a été décrété le 5 germinal an XI, et promulgué le 15 du même mois; le titre *des successions* a été décrété le 29 germinal an XI, et promulgué le 9 floréal.

Digitized by Google

les art. 819 *et suiv. jusques et y compris l'article précédent....* » Voilà qui est formel! l'art. 824 est bien du nombre des articles auxquels l'art. 838 renvoie. Or ces articles, tous, jusques et y compris l'art. 837, sont *précisément* relatifs aux partages dans lesquels sont intéressés des mineurs ou des personnes que la loi assimile d'ordinaire aux mineurs. Ce ne sont donc plus des dispositions générales pour tous les partages; sur lesquelles, par conséquent, l'art. 466 ou tout autre puisse avoir l'avantage de la spécialité; ce sont des articles spéciaux pour certains partages, et notamment pour les partages de mineurs. Si donc on s'obstine à faire lutter ensemble les deux articles; si, réglant la même chose, ils l'ont réglée différemment, ce n'est plus qu'une question de date : des deux, quel est le dernier venu?

Du reste, il n'est pas nécessaire d'insister sur ces antinomies apparentes ou réelles, et de montrer ainsi le Code civil plus ou moins *divisé contre lui-même;* le Code de procédure civile suffit pour décider la question. Après avoir dit, dans un premier alinéa : « Lorsque le tribunal ordonnera l'expertise, il pourra commettre un ou trois experts, qui prêteront serment comme il est dit en l'art. 956 (c'est-à-dire devant le président du tribunal ou devant un juge par lui commis), » l'art. 971, au titre des *partages et licitations,* ajoute : « Les nominations et rapports d'experts seront faits suivant les formalités prescrites au titre *des rapports* d'experts. » Les *nominations d'experts,* c'est bien précisément ce dont il s'agit ici. Or il y a renvoi exprès au titre *des rapports d'experts,* c'est-à-dire aux art. 302 et suiv., et plus précisément, puisqu'il s'agit *de nomination des experts*, aux art. 304 et 305. On ne comprend pas qu'après cela des auteurs estimables persistent à dire[1] *qu'un tuteur ne peut concorder sur la nomination des experts, et qu'il faut, pour une régularité parfaite,* que cette nomination émane du tribunal. » Voilà une conviction bien ferme, contre laquelle ce n'est pas assez de deux articles de loi!

Si les textes nous manquaient, nous aurions assez des principes généraux. Cependant on nous oppose ces principes. « L'incapacité légale des mineurs, dit M. le président Favart de Langlade[2], ne permet pas que la justice s'arrête aux conventions

[1] Chauveau sur Carré, T. V, p. 936, n° 2505 *bis*, qui cite Thomine Desmazures.

[2] *Rép.*, v° *Rapport d'experts*, p. 700, n° 3.

Digitized by Google

qu'ils pourraient faire ou que d'autres feraient pour eux. » — « Des mineurs n'ayant pas le droit de consentir, on ne peut jamais dire qu'il y ait refus de leur part de faire une chose, » ajoute la Cour de Douai[1]. — « Un tuteur, dit encore[2] M. Thomine Desmazures[3], ne peut mettre les intérêts de ses mineurs en arbitrage, et c'est presque le faire que de concorder sur la nomination des experts. »

Répondons d'abord à cette dernière raison, qui n'est qu'une assimilation inexacte. Nous-même nous avons dit plus haut de cet accord des parties sur le choix des experts que c'était *une sorte d'arbitrage*, mais il ne faut voir dans cette manière de parler qu'une figure de langage. Des choses entre lesquelles il peut exister certaines ressemblances ne se confondent pas pour cela. Les *experts* ne sont point des *arbitres*. Ce nom, il est vrai, leur est donné dans divers textes du droit romain[4], ce que Bornier[5] explique en disant que « les experts devaient être autrefois nommés et respectivement accordés par les parties. » Quel que soit le mérite de cette explication, la différence entre les arbitres et les experts est manifeste : les arbitres jugent et les experts ne jugent point[6].

Ce n'est donc point *compromettre* que de convenir d'experts, et l'on ne saurait rien conclure pour notre question de ce qu'il n'est pas permis[7] aux mineurs de compromettre. Ce n'est pas non plus *transiger*, quoique la faculté de transiger ne soit pas absolument interdite[8] au mineur régulièrement représenté. C'est choisir de commun accord des hommes chargés de donner leur avis au juge, et nous avons reconnu que la mission avait son importance ; mais il est beaucoup de choses importantes, même en ce qui excède les bornes d'une simple administration, que le tuteur autorisé par le conseil de famille peut faire pour le

[1] Arrêt déjà cité, du 12 mai 1827.

[2] *Avec raison*, selon Chauveau sur Carré, t. V, n° 2505 *bis*, déjà cité.

[3] T. II, p. 612.

[4] L. 11, § 1, ff., *De servit. præd. urb.*, et L. 13, §§ 1 et 3, *De serv. præd. rustic.*; L. 6, § 1, *Cod. de sec. nupt.*

[5] Sur l'ordonnance de 1667, art. 9, tit. 21.

[6] C. pr., art. 323. — *Dictum expertorum nusquam transit in rem judicatam.* V. diverses applications de cette maxime dans Rodier, sur l'ordonnance de 1667, tit. 12, art. 8 et 9, quest. 6 et 21.

[7] C. pr., art. 1003.

[8] C. Nap., art. 467.

Digitized by Google

mineur; et s'accorder sur le choix des experts, ce n'est certes pas plus, ce n'est pas autant que, par exemple, d'introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, *ou d'acquiescer à une demande relative aux mêmes droits*, pouvoir que l'art. 464 C. Nap. reconnaît au tuteur, autorisé par le conseil de famille.

A ne voir ici qu'une convention, les règles du droit civil l'autoriseraient donc au lieu de l'interdire; mais ce qu'il faut aussi y reconnaître, c'est un acte d'instruction. Il s'agit d'une instance en partage. Si c'est le tuteur qui l'a engagée [1], il n'a pu le faire sans l'autorisation du conseil de famille; si c'est l'autre partie qui a pris l'initiative, le tuteur a tout pouvoir [2] pour y répondre, même sans cette autorisation. Il y a donc pour lui droit et devoir de suivre la procédure, de compléter l'instruction; et l'expertise en est un acte nécessaire, à moins de dispense expresse du juge [3]. Le tuteur dûment autorisé est, par rapport à cette partie de l'instance, dans les mêmes conditions que pour tout le reste, et la loi elle-même déclare [4] que le partage, régulièrement fait, *aura à l'égard des mineurs tout l'effet qu'il aurait entre majeurs.*

Les règles de la procédure sont donc d'accord avec les principes généraux des contrats, et ce n'est pas pour nous chose indifférente de trouver cette doctrine déjà admise dans l'ancien droit. « On ne faisait aucune difficulté autrefois, dit M. Rodière (Proc. civ., t. II, p. 162), d'admettre les représentants des incapables à choisir leur expert. » Voyez aussi MM. Dalloz, Jur. gén., 2e édit., v° *Expertise*, n° 99.

§ 4. *Quelles sont, en cette matière, les règles à suivre devant les tribunaux de commerce?*

La plupart des règles que nous venons de retracer sont applicables aux tribunaux de commerce aussi bien qu'aux tribunaux civils. Il en est même qui, sujettes à contestation en matière civile, nous venons de le voir, sont sans difficulté entre commerçants. Il n'est pas douteux, par exemple, que le mineur autorisé à faire le commerce peut convenir d'experts. Il peut beaucoup plus, aux termes des art. 2, 3 et 6 du Code de commerce; et, dans un cas analogue, mais bien plus grave, quand il s'agit non

[1] C. Nap., art. 469.
[2] Même article.
[3] C. pr., art. 970.
[4] C. Nap., art. 466.

Digitized by Google

plus de simples experts, mais d'arbitres-juges, la loi[1] reconnaît au mineur intéressé dans une société commerciale le même droit qu'au majeur, en y mettant seulement cette restriction que le tuteur qui le représente ne pourra renoncer à la faculté d'appeler du jugement arbitral.

En ce qui concerne la nomination des experts, le juge de commerce a le même pouvoir que le magistrat civil, mais ce pouvoir reste de même subordonné au droit des parties. « S'il y a lieu, dit l'art. 429, Cod. pr., à visite ou estimation d'ouvrages ou de marchandises, il sera nommé un ou trois experts... *Les experts seront nommés d'office par le tribunal, à moins que les parties n'en conviennent à l'audience.* » La différence entre cet article et les art. 305 et 306 ne consiste, on le voit, qu'en ce que c'est de suite et à l'audience même que les parties doivent convenir d'experts devant le tribunal de commerce, tandis qu'au civil trois jours leur sont accordés pour faire leur choix, qu'elles déclarent ensuite par la voie du greffe.

Du reste, les préférences de la loi n'ont pas changé : c'est bien toujours la désignation amiable qu'elle préfère; seulement, la justice consulaire est plus simple et va plus vite. Voilà pourquoi tout se fait à l'instant, sous les yeux mêmes du juge.

M. Locré[2] nous apprend que les commissaires-rédacteurs du projet de Code de commerce[3] n'avaient pas d'abord réservé le droit des parties : « Le tribunal, s'étaient-ils borné à dire, nomme un ou plusieurs experts pour procéder aux examen, visite ou estimation. » Il semblait dès lors que la nomination ne pouvait avoir lieu que d'office. Les tribunaux de Louhans et de Nantes réclamèrent. Ils demandèrent que le tribunal ne nommât qu'au défaut ou au refus des parties : « Rien, disaient-ils, ne serait plus contraire à tout usage et justice que de nommer aux parties des experts qui n'auraient pas leur confiance. »

Les commissaires-rédacteurs du projet de Code de procédure avaient mieux fait; d'eux-mêmes, ils avaient proposé la dispo-

[1] C. com., art. 53, 58, 62, 63.

[2] *Esprit du Code de commerce*, p. 267.

[3] On ne savait pas alors dans lequel des Codes de commerce ou de procédure civile, dont les projets avaient été préparés en même temps (Locré, *loc. cit.*, p. 209 et suiv.), les dispositions qui forment aujourd'hui le titre 25, livre II, 1re partie du Code de procédure, trouveraient place. La commission chargée de préparer le projet de Code de commerce, y avait inséré ces dispositions.

Digitized by Google

sition suivante [1] : « S'il y a lieu... à visite ou estimation d'ouvrage et marchandise, le tribunal nommera les experts pour procéder aux examen, visite et estimation, *faute par les parties d'en convenir*. » Le droit des parties était ainsi réservé. Seulement, il n'était pas dit de quelle manière ni dans quel délai elles devraient l'exercer. Ce fut la section du tribunat [2] qui proposa la rédaction qui a passé dans le Code.

C'est donc *à l'audience* même que les parties doivent se mettre d'accord. On en conclut, avec raison [3], que lorsque l'une d'elles ne comparaît pas, la nomination ne peut avoir lieu que d'office. A plus forte raison, si toutes deux faisaient défaut.

Mais le choix fait de commun accord enlève tout pouvoir au juge, à la seule condition d'être déclaré à l'audience même, absolument (sauf cette différence dans la forme et le moment) comme si l'on était devant un tribunal civil.

En conséquence, si, dans la prévision d'une expertise qu'on s'accorde à demander ou qui, réclamée d'une part n'est pas repoussée de l'autre, les parties désignent d'avance les personnes auxquelles elles désirent que l'opération soit confiée, le tribunal de commerce n'a qu'à leur donner acte de leur accord. Une nomination faite nonobstant cette désignation amiable, ne serait pas moins nulle qu'en matière civile. L'art. 304 du Code de procédure civile est également applicable dans les deux cas.

Mais si, à défaut de convention amiable, le tribunal de commerce désigne lui-même les experts, ainsi qu'il y est tenu, cette nomination d'office sera-t-elle toujours définitive? L'affirmative paraît être enseignée par quelques auteurs [4]; mais ce qu'ils entendent, c'est vraisemblablement que le délai accordé en matière civile ne l'est pas ici; qu'il n'y a, comme s'exprime M. Locré [5], ni signification, ni délai, ni déclaration au greffe. S'ensuit-il que si les parties conviennent de leurs experts à l'audience même, quoique après le jugement, on devra rejeter comme tardive la déclaration qu'ils viendront en faire et s'en tenir

[1] Art. 424 du projet.

[2] Locré, *Législ. civ., comm. et crim. de la France*, t. XXI, p. 712. — *Esprit du Code de comm., loc. cit.*, p. 271.

[3] Locré, *Esprit du Code de comm.*, t. IV, p. 279.—Chauveau, t. III, n° 1535.

[4] Thomine-Desmazures, t. I, p. 633; Chauveau sur Carré, n° 1535; Dalloz, *Jurispr. gén.*, 2e édit., v° *Expertise*, n° 326.

[5] *Esprit du Code de comm.*, t. IV, p. 282.

Digitized by Google

malgré eux à la nomination faite par le juge? Nous ne le pensons pas. Le texte de l'art. 429 ne commande point une telle rigueur, qui serait contraire à l'esprit général de la loi. Ne perdons pas de vue le principe : les parties d'abord, le juge au défaut des parties. Est-ce donc trop faire pour elles, les attendre trop longtemps que de leur donner jusqu'à la fin de l'audience? ou plutôt n'est-ce pas encore singulièrement restreindre leur droit? Il ne s'agit pas ici d'une peine à prononcer ou à maintenir. Les parties ne sont nullement coupables. Il se peut que ce soit d'office que le juge ait ordonné l'expertise, ainsi qu'il en a le droit; à quoi bon s'entendre sur le choix d'experts, quand personne ne demande une expertise? L'expertise était-elle réclamée par l'une des parties et combattue par l'autre, celle-ci ne pouvait se considérer comme obligée de pourvoir dès à présent à l'exécution d'une mesure à laquelle elle s'opposait. Ce n'est qu'autant qu'on s'accorde à demander une expertise qu'on peut croire utile de chercher à s'entendre sur le choix des experts; et même alors pourquoi ne pourrait-on pas aussi bien faire après le jugement qu'auparavant? Il semble que l'on craigne que le juge n'en soit blessé et qu'il trouve mauvais qu'on lui ait laissé prendre une peine inutile. Étrange susceptibilité qu'on prête à la justice!

Seulement, il n'est pas plus indispensable dans le cas de l'art. 429 que dans celui de l'art. 305, il l'est même moins, semble-t-il, eu égard à la différence de rédaction facile à remarquer dans ces deux articles, que le tribunal, s'il n'a pas été devancé par les parties, leur réserve expressément, en leur donnant des experts d'office, la faculté d'en choisir à l'amiable avant la fin de l'audience. Tout ce que nous avons dit à ce sujet dans le premier paragraphe est applicable ici, et même *à fortiori*, puisqu'il y a de moins, dans le sens contraire à cette opinion, ces mots de l'art. 305 : « *le jugement ordonnera, etc.* »

Du reste, cette question est, de toutes celles que nous venons d'examiner et qui se présentaient dans la cause qui nous a fourni l'occasion de ce travail, la seule que l'arrêt du 20 nov. 1854 ait expressément résolue. « Attendu, a dit la Cour de cassation, qu'en matière commerciale il est procédé à la nomination des experts, non en vertu des art. 303 et suiv. C. pr. civ., mais en vertu de l'art. 429 du même Code; qu'aux termes de cet article les experts sont nommés d'office par le tribunal, sauf aux parties à convenir

Digitized by Google

de leur choix à l'audience, ce qui n'a pas eu lieu dans l'espèce; d'où il suit qu'en nommant d'office trois experts, l'arrêt attaqué n'a pas violé les art. 304, 305 et 306 du C. pr. civ.; rejette. »

Cette décision est exacte, seulement elle nous semble motivée d'une manière étroite, qui pourrait donner à penser que la Cour a voulu distinguer entre la nomination d'office faite sans réserve par le tribunal de commerce et celle qui serait ainsi faite au civil. Il résulte des développements auxquels nous nous sommes livré, sous le § 1er, et que nous venons de résumer que, dans l'un comme dans l'autre cas, l'absence de réserve n'est point une cause de nullité, les parties conservant leur droit, malgré le silence du juge.

Nous voulions ne pas quitter cette matière sans faire honneur au Code de procédure de quelques-unes des améliorations qu'il y a introduites; mais l'espace nous manque : les détails nous ont mené trop loin. Du reste, ce résultat se reproduit à chaque instant dans l'étude comparée de nos lois civiles. A les considérer isolément, on peut être frappé des imperfections qui y sont encore; si on les compare aux dispositions qu'elles ont remplacées, on ne voit plus que leur incontestable supériorité. NICIAS-GAILLARD.

VUE GÉNÉRALE DE L'HISTOIRE DU DROIT BRETON.

Par M. Pouhaër, premier avocat général à la Cour impériale d'Angers.

L'histoire de Bretagne commence au sixième siècle de notre ère, à l'époque où l'Armorique, colonisée par les Bretons insulaires, reçoit de ses nouveaux habitants le nom de petite Bretagne; elle finit en 1789, alors que la révolution, effaçant toute distinction de provinces, fonde définitivement l'unité française.

Ainsi la Bretagne a vécu treize siècles d'une vie nationale. — Pendant les cinq premiers, depuis le commencement du sixième jusqu'à la fin du dixième, elle lutte héroïquement, d'abord contre les Francs, puis contre les Normands, sans cesse attaquée, souvent envahie, jamais soumise. — Pendant les cinq siècles qui suivent, du onzième au quinzième, elle se constitue en duché féodal et souverain; grâce à la convoitise rivale de la France et de l'Angleterre, elle garde son indépendance politique; mais tout en résistant à la conquête matérielle, elle se

Digitized by Google

laisse envahir par les idées, par les mœurs, par la langue, par les institutions, par les lois, par la civilisation de la France.— Pendant les trois derniers siècles, du seizième au dix-huitième, unie à la couronne par le mariage de la duchesse Anne et de Charles VIII, simple province de la monarchie française, elle cesse d'exister comme État indépendant, mais elle conserve encore son nom, ses franchises, ses États, son droit coutumier, derniers restes de son ancienne souveraineté.

L'histoire de Bretagne n'est donc, au fond, que l'histoire de l'absorption de la nation bretonne par la nation française, l'histoire de la lutte, de la *résistance* de l'esprit breton, cédant lentement et graduellement à l'ascendant de l'esprit français. Dans la première époque, la Bretagne repousse avec succès l'attaque brutale d'ennemis aussi barbares ou plus barbares qu'elle; dans la seconde, elle se transforme à son insu sous l'influence toute-puissante d'une civilisation supérieure; dans la troisième enfin, elle s'unit, de force il est vrai, mais sans trop de déplaisir, à la gloire et aux destinées de la France. On serait tenté de la comparer à ces robustes héroïnes des épopées du Nord, entrant en lice avec leurs prétendants, résistant longtemps, et n'acceptant pour époux que le guerrier qui les charme par ses prouesses et les dompte par la force de son bras.

« Il y a, dit avec raison un historien célèbre [1], entre le dévelo-» loppement de la législation et celui de la société une intime » correspondance; les mêmes révolutions s'y accomplissent, et » dans un ordre analogue. » C'est donc de l'histoire générale d'une nation qu'il faut dégager l'histoire spéciale de sa législation, si l'on veut s'en faire une idée juste. Comment en serait-il autrement? L'histoire politique d'un peuple ne s'écrit-elle pas dans son droit public, et le droit public n'est-il pas lié par d'intimes rapports au droit privé? Aussi peut-on affirmer à l'avance, sans craindre de se tromper, que toute histoire du droit dont les divisions ne correspondent pas aux divisions de l'histoire générale, de l'histoire nationale, est une histoire mal faite, mal divisée, ne reproduisant pas fidèlement le mouvement et la vie de cette législation, substituant aux périodes réelles de son histoire des périodes factices et arbitraires. L'histoire du droit breton, comme l'histoire de Bretagne, se divise donc en trois

[1] M. Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, 25e leçon.

Digitized by Google

grandes époques : l'époque primitive ou antérieure à la féodalité, du VIe au Xe siècle ; l'époque féodale, du XIe au XVe siècle ; et l'époque provinciale, du XVIe au XVIIIe siècle.

PREMIÈRE ÉPOQUE.

La Bretagne avant la féodalité. — VI-Xe siècles.

Établissement des Bretons dans l'Armorique. — S'il faut en croire des traditions bretonnes dont la science moderne n'a pas démontré la fausseté, mais qu'elle n'a pas non plus complétement justifiées, le premier établissement des Bretons dans l'Armorique remonterait à la fin du IVe siècle. Maxime, proclamé empereur par les légions de la Grande-Bretagne, aurait enrôlé sous ses drapeaux un grand nombre de Bretons qui, l'ayant suivi sur le continent, au lieu de retourner dans leur patrie, se seraient fixés dans l'Armorique, où ils auraient reçu des terres à titre de bénéfices, et où ils auraient fondé dans la partie connue plus tard sous le nom de pays de Léon, une de ces colonies militaires si communes dans les derniers temps de l'empire. Quoi qu'il en soit de ce premier établissement, on s'accorde aujourd'hui à reconnaître que la *colonisation* de l'Armorique par les Bretons insulaires n'a été réellement et définitivement consommée qu'un siècle plus tard, à la fin du Ve ou au commencement du VIe, après l'occupation de la Grande-Bretagne par les Saxons. Repoussés vers la partie occidentale de l'île par ces barbares, les Bretons se divisèrent : les uns se cantonnèrent dans le pays de Galles et dans la Cornouaille, où, favorisés par la nature du sol, ils maintinrent leur indépendance et se gouvernèrent par des chefs indigènes jusqu'aux XIIe et XIIIe siècles, époque de leur soumission définitive aux rois anglo-normands ; les autres, traversant la mer, abordèrent aux côtes de l'Armorique, où ils s'établirent lentement, successivement, la nouvelle population se substituant peu à peu à l'ancienne, du moins sur le littoral et dans la partie occidentale. L'Armorique ressemblait à l'île de Bretagne par le sol, par le climat, par la situation géographique et maritime ; elle fut pour les émigrés bretons une seconde patrie qui leur rappela l'ancienne, qu'ils aimèrent à l'égal de celle-ci, et à laquelle ils donnèrent le même nom. Des relations continuelles, du moins dans les premiers temps, ne pouvaient manquer de s'établir entre les Bretons du

Digitized by Google

pays de Galles et les Bretons de l'Armorique; et aujourd'hui encore ces deux débris de la race bretonne, bien que séparés depuis plus de treize siècles et entraînés dans des sphères nationales différentes, gardent le même caractère, les mêmes mœurs, les mêmes traditions, et parlent toujours la même langue, la langue de leurs pères.

Lutte des Bretons contre les Francs. — Au moment même où les Bretons occupaient l'Armorique, la domination franque s'étendait sur toute la Gaule septentrionale; la race germanique et la race bretonne allaient donc se heurter sur le continent comme dans l'île. Il s'est élevé, au XVIe et au XVIIIe siècles, une longue et vive polémique sur la question de savoir si la Bretagne fut conquise par Clovis. Ce fait avait alors une grande importance, car les écrivains qui affirmaient la conquête, tels que Viguier et Vertot, en concluaient que la Bretagne, devenue province du royaume de France sous les Mérovingiens, n'avait pu, *sans rébellion envers ses rois légitimes*, se déclarer indépendante à la mort de Louis le Débonnaire. Pour échapper à cette absurde conséquence, qu'à cette époque on n'aurait pas niée impunément, d'Argentré et dom Lobineau furent amenés à contester la conquête, à la nier d'une manière aussi absolue et dans les mêmes termes qu'on l'affirmait. De nos jours, la question a perdu son caractère politique; elle n'a plus qu'un intérêt historique, et on semble d'accord pour la résoudre par une distinction. Il est certain que *la haute Bretagne*, ou Bretagne orientale, fut conquise par les Francs sous Clovis et ses successeurs; il est certain que des comtes francs furent établis à Nantes et à Rennes; il est certain que, du VIe au IXe siècle, ces deux comtés furent *francisés* quant à la langue, quant aux mœurs, quant aux institutions, comme les autres parties de la Gaule septentrionale; mais il est certain aussi que les Bretons refoulés dans la partie occidentale de la Bretagne, garantis d'un côté par des marécages, des forêts, des rivières, des collines, des ravins, et de tous les autres côtés par l'Océan, non-seulement repoussèrent les attaques des Francs, comme leurs frères du pays de Galles celles des Anglo-Saxons, mais que sortant de leurs retraites, ils inquiétèrent et dévastèrent plus d'une fois la haute Bretagne, le pays *gallo*, comme l'appellent encore aujourd'hui les Bas-Bretons; en sorte que la domination franque ne fut jamais bien assise, même dans la haute Bretagne. Le comté de Vannes fut

Digitized by Google

spécialement l'objet et le théâtre de la lutte des deux peuples, un jour aux Francs, le lendemain aux Bretons. Plus tard seulement, sous les premiers Carlovingiens, la basse Bretagne fut envahie; elle paya tribut à Charlemagne; elle se soumit, mais en frémissant, et cette soumission fut de courte durée. Une complète indépendance la suivit bientôt. Ce ne fut pas seulement la basse Bretagne qui secoua le joug à la mort de Louis le Débonnaire, ce fut la Bretagne entière qui, se séparant de la France, alors livrée à l'anarchie, se constitua en royaume indépendant. L'auteur de cette glorieuse révolution, que les écrivains salariés de la cour de France ont appelée *la rébellion bretonne*, fut Noménoë, le premier chef breton qu'on puisse qualifier de *roi*, et le plus grand homme peut-être qu'ait produit la Bretagne. Érispoë et Salomon se montrèrent dignes, après lui, de porter sa couronne. Les faibles successeurs de Charlemagne essayèrent en vain de faire revivre la domination franque; de sanglantes défaites leur en firent perdre jusqu'à la pensée.

Lutte des Bretons contre les Normands. — Chaque peuple a sa destinée; le sort de la Bretagne fut de n'attaquer jamais, mais d'être sans cesse attaquée et de résister sans cesse. A peine en avait-elle fini avec les Francs qu'il lui fallut recommencer avec les Normands. Les incursions de ces pirates du Nord ont laissé dans l'histoire de France de tristes et sanglants souvenirs; aucune province peut-être ne fut dévastée plus longtemps ni avec plus d'acharnement que la Bretagne; c'est à peine s'ils lui laissèrent quelques intervalles de repos depuis les dernières années du IXe siècle jusque vers le milieu du Xe. Le mal fut au comble, lorsqu'en 912 Charles le Simple, cédant la Neustrie aux Normands de la Seine, leur abandonna en outre sur la Bretagne ses prétendus droits de souveraineté. Les Bretons n'eurent plus seulement à repousser les incursions sauvages, mais temporaires, débarquant sur leurs côtes ou remontant la Loire; une lutte plus sérieuse, une lutte permanente s'engagea avec ces Normands de la Neustrie, demi-barbares, demi-civilisés, animés au plus haut degré de l'esprit de conquête, et dont l'Angleterre elle-même ne devait pas tarder à devenir la proie. La Bretagne semblait vaincue : les comtes, les seigneurs, les évêques, les abbés, toute l'aristocratie avait fui; les uns s'étaient réfugiés en Angleterre, les autres en France; le peuple seul était resté au milieu des ruines, courbant la tête, mais prêt à la re-

Digitized by Google

lever au premier signal. De son côté le comte de Léon, au fond de la basse Bretagne, avait fait respecter son territoire; plusieurs années s'écoulèrent, et la Bretagne sortit enfin de la tombe à la voix d'Alain Barbe-Torte, comte de Poher, revenu d'Angleterre avec les émigrés bretons. La population entière se souleva, les Normands furent expulsés, et le nom d'Alain Barbe-Torte devint aussi national que celui de Noménoë. A partir de cette époque, la Bretagne fut délivrée des Normands pirates ou Normands de la Loire, ainsi nommés parce que c'était dans la Loire qu'ils avaient leur principale station; quant aux Normands de la Seine, fondateurs du duché de Normandie, des relations tour à tour pacifiques et guerrières s'établirent entre eux et les Bretons, et l'influence de ces relations ne tarda pas à opérer dans les mœurs et dans les institutions de la Bretagne une nouvelle révolution, qui eut pour résultat sa transformation en duché féodal.

Distinction entre la haute et la basse Bretagne. — Le fait capital, et pour ainsi dire la clef de l'histoire de Bretagne, c'est la distinction entre la haute et la basse Bretagne, entre la Bretagne française et la Bretagne *bretonnante*. Le voyageur qui entre en Bretagne par la Normandie ou l'Anjou, n'aperçoit d'abord aucun changement notable, aucune différence radicale dans le sol, dans la population, dans les habitudes, dans le langage; seulement le pays est moins riche, la population moins belle, l'esprit moins actif, l'agriculture moins avancée, l'industrie languissante, les habitudes routinières; rien d'original, rien d'accentué. Produit informe d'un mélange de Gaulois, de Bretons, de Francs, de Normands, la haute Bretagne ne se manifeste guère que par des caractères négatifs; ce n'est ni la France ni la Bretagne. On peut dire ce qu'elle n'est pas; on dirait difficilement ce qu'elle est. Mais si l'on avance vers l'extrémité de la péninsule, après avoir dépassé les départements d'Ille-et-Vilaine et de la Loire-Inférieure, la scène change. Un pays montueux, coupé de ravins, hérissé de collines, parsemé de landes, incessamment battu par les flots de l'Océan, et sur ces grèves bruyantes, dans ces vastes et brumeuses vallées, sur la bruyère de ces landes, une population pure de tout mélange, grave, poétique, religieuse, parlant la langue, portant le costume, gardant pieusement les croyances, les traditions, les mœurs de ses pères, voilà le spectacle qui vient frapper les regards et saisir l'imagination. Pour ces Bretons de pure race,

Digitized by Google

il n'y a pas d'histoire ; pour eux comme pour leurs pères, les Anglais sont toujours des Saxons, *Saozons*, et les Bretons de la haute Bretagne des Gaulois, *Galloed*. Cette distinction des deux races existe de temps immémorial ; elle est, selon toute apparence, le résultat de la conquête de la haute Bretagne par les Francs. Les comtés de Rennes et de Nantes furent *francisés* et suivirent la destinée des provinces voisines ; la basse Bretagne, au contraire, où furent refoulés les Bretons, et que les rois francs ne purent subjuguer, conserva sa langue, ses mœurs, ses institutions. Plus tard, sous les Carlovingiens, Noménoë, réunissant les deux Bretagnes pour en faire un royaume indépendant, rétablit l'unité politique ; mais la diversité de race, de langue, de mœurs, d'institutions se maintint après la réunion ; elle s'est conservée jusqu'à nos jours, et tout indique qu'elle existera encore longtemps. Noménoë, fondateur du royaume breton, qui pendant longtemps avait servi les rois francs, était un Breton francisé. Il établit, ainsi que ses successeurs, le siége de son gouvernement dans la Bretagne française, et essaya de faire prévaloir sur la barbarie bretonne la demi-civilisation qui brillait à la cour de Charlemagne ou de Louis le Débonnaire. Les ducs féodaux qui, plus tard, remplacèrent les rois bretons, se fixèrent aussi à Rennes ou à Nantes, et se modelèrent sur les ducs de Normandie ou sur les rois de France. De là la prédominance sans cesse croissante de la haute Bretagne sur la basse, de la langue, de la civilisation et des institutions françaises sur la langue, la civilisation et les institutions bretonnes. La basse Bretagne, complétement effacée, ne fut plus qu'une annexe de la haute, et c'est à peine si les historiens daignent la mentionner. Cette confusion entre les deux Bretagnes n'a que peu d'inconvénients lorsqu'on s'enferme dans l'histoire purement politique, la basse Bretagne ayant accepté la prédominance de la haute et ayant, depuis cette époque, constamment vécu de la même vie politique ; mais l'histoire des mœurs et des institutions bretonnes n'est possible et vraie qu'à la condition d'avoir sans cesse présente à l'esprit cette séparation profonde des deux Bretagnes, de la Bretagne devenue française et de la Bretagne restée bretonne. C'est là le défaut fondamental des savantes histoires que les bénédictins ont écrites sur la Bretagne.

Du droit pendant cette période. — L'histoire du droit breton, avant la féodalité, est presque entièrement conjecturale. Si l'on

Digitized by Google

en excepte en effet quelques cartulaires d'anciennes abbayes bretonnes, cartulaires beaucoup moins importants qu'on ne l'avait cru d'abord; si l'on en excepte aussi quelques usements ruraux rédigés dans les temps modernes, mais dont l'origine est antérieure à la féodalité, il ne nous reste aucuns documents certains sur cette première époque du droit breton. Deux points lumineux nous apparaissent cependant au milieu de ces ténèbres.

1° Non-seulement il n'y a pas unité dans les institutions et les usages qui régissent à cette époque la Bretagne, mais il y a au contraire diversité complète entre les coutumes de la Bretagne française et les coutumes de la Bretagne *bretonnante*. Sous le rapport des institutions, comme sous celui de la langue et des mœurs, la ressemblance est grande entre la Bretagne française et les autres provinces soumises à la domination des rois francs, et il semble que pour s'en faire une idée, le meilleur moyen est d'étudier le régime des autres provinces de la monarchie franque, étude rendue facile par les recherches et les travaux des historiens modernes. Quant au régime de la basse Bretagne, suivant toute apparence, les Bretons réfugiés dans l'ouest de l'Armorique et restés indépendants, transportèrent dans leur nouvelle patrie, en les modifiant, les usages et les institutions qui les régissaient dans l'ancienne; et il dut y avoir une grande analogie entre leur régime et le régime de leurs frères cantonnés dans le pays de Galles, avec lesquels ils furent longtemps en relations journalières. Or si nous n'avons pas toutes les lumières désirables sur les institutions des Bretons insulaires, tant avant l'invasion des Saxons que depuis le cantonnement des Bretons dans le pays de Galles, si les documents que nous possédons sur les institutions galloises sont trop souvent obscurs et contradictoires, aujourd'hui cependant une critique sage et sagace peut espérer de mettre en lumière le caractère dominant de ces institutions. On sait en effet que, vers le Xe siècle, les coutumes galloises furent solennellement rédigées et réformées par le roi Hoël le Bon. Cette rédaction officielle n'est pas venue jusqu'à nous; mais la substance de ces lois a été reproduite dans des coutumiers rédigés quelques siècles plus tard, coutumiers dont Wotton, en 1730, a publié une traduction latine confuse et inexacte, mais dont heureusement une commission de savants, nommée par le gouvernement anglais en 1822, nous a donné les textes originaux

Digitized by Google

avec traduction anglaise. De même donc que nous pouvons *conjecturer* le régime de la haute Bretagne par le régime des provinces françaises limitrophes, de même nous pouvons puiser dans l'étude des lois galloises des conjectures raisonnables sur le régime de la basse Bretagne. On arrive ainsi, non pas à un résultat certain, mais à un résultat probable, sur lequel on ne doit pas se faire illusion, comme cela n'arrive que trop souvent aux érudits, mais qui n'en a pas moins une valeur réelle, et dont au surplus il faut savoir se contenter.

2° Une différence capitale se remarque à cette époque entre la haute et la basse Bretagne, quant au mode d'exploitation de la terre et à la condition légale des laboureurs. Sous ce rapport, comme sous presque tous les autres, la haute Bretagne ne diffère guère des provinces françaises; la terre y est tenue et exploitée au profit tant de l'aristocratie laïque que des églises et des abbayes, par des serfs attachés à la glèbe et transmissibles avec la terre, serfs qui là, comme ailleurs, seront transformés plus tard en vassaux roturiers par la féodalité. Quant à la basse Bretagne, si le servage y existe, il n'y est que local et exceptionnel; on ne le retrouve guère que dans le comté de Léon et ses dépendances, où il était connu sous le nom de *mothe* et où il paraît avoir une origine romaine, origine qui s'explique parfaitement quand on admet la tradition suivant laquelle le pays de Léon aurait été colonisé avant les autres cantons de la basse Bretagne par les Bretons de l'armée de Maxime, organisés en légion romaine. La tenue rurale usitée en basse Bretagne est au contraire une tenue d'origine bretonne, pure de tout caractère servile, *la tenue convenancière* ou *à domaine congéable*. Le bail à domaine congéable ou convenant[1] (mot dont il faut chercher l'étymologie dans la langue bretonne plutôt que dans la langue latine) paraît avoir eu pour objet et pour résultat le défrichement des terres incultes de la basse Bretagne. Les chefs laïques ou ecclésiastiques les baillaient à des *colons libres* qui les défrichaient, les labouraient, les transformaient en prairies, y plantaient des arbres fruitiers, y élevaient des clôtures ou talus couverts d'arbres, et y construisaient les bâtiments nécessaires pour le logement et l'exploitation. Le fonds demeurait la propriété

[1] On trouve dans beaucoup de titres l'expression de *convenant franch* (tenue libre).

Digitized by Google

du seigneur *foncier,* mais le *colon* ou *domanier* devenait propriétaire tant des *édifices* par lui construits que des améliorations par lui faites à la *superficie* du fonds. L'immeuble ainsi *baillé* se trouvait donc divisé, quant à la propriété, en deux parties : d'une part le fonds appartenant au *foncier,* de l'autre les *édifices* et *superfices* appartenant au *colon.* Le colon, en retour de sa jouissance du fonds, payait au foncier une rente annuelle en grain ou en argent, et était assujetti à quelques *corvées* ou journées de travail ; quant au foncier, il avait la faculté de renvoyer ou *congédier* le colon de la tenue, nommée à cause de cela *domaine congéable*, et de rentrer dans la jouissance de son fonds ainsi défriché et amélioré, mais à la condition de rembourser au colon la valeur de ses améliorations ou des édifices et superfices. Ces tenues étaient peu étendues et par conséquent très-multipliées; et comme les congéments étaient très-rares, elles se perpétuaient héréditairement dans les mêmes familles. — On a beaucoup discuté sur l'origine historique de la tenue à domaine congéable. Deux faits sont certains : d'une part, c'est une institution éminemment bretonne, car non-seulement elle n'est connue qu'en Bretagne, mais on ne la trouve que dans la basse Bretagne, dans la Bretagne *bretonnante,* dont elle sert avec la langue à fixer les limites ; quant à la Bretagne française, il n'y en a pas de traces, elle n'y a jamais existé. D'autre part, on la trouve en basse Bretagne (sauf le pays de Léon) depuis un temps immémorial; elle y est très-certainement antérieure à la féodalité qui, se constituant au XIe siècle, la modifia sans l'abolir. Le nom des divers usements qui la régissaient avant la révolution (Brouérec, Cornouaille, Poher, Goëlo, Rohan), tiré de la plus ancienne division territoriale de la basse Bretagne, suffirait d'ailleurs pour démontrer son ancienneté. La plupart des jurisconsultes bretons ont déduit de ces deux faits une conséquence très-vraisemblable, bien qu'en l'absence de documents contemporains on ne puisse pas la considérer comme vérité démontrée, c'est que l'origine des convenants remonte à l'émigration bretonne et à la colonisation de l'Armorique. Suivant eux, les Bretons, pour défricher les landes et les forêts de l'Armorique occidentale, auraient créé ou importé de leur ancienne patrie la tenue à domaine congéable, que depuis cette époque ils ont conservée intacte, ainsi que leur langue, dans la seule partie de la Bretagne qu'on puisse justement qualifier de *bretonne.* — Un troisième fait confirme encore

Digitized by Google

cette opinion, que nous adoptons entièrement, c'est le privilége dont jouissait, dans l'usement de Rohan, le *juveigneur* ou *le plus jeune* des enfants de succéder à son père, de préférence à ses frères et sœurs, dans la jouissance de la tenue, laquelle étant indivisible ne pouvait être partagée. Comme on retrouve quelque chose d'analogue dans les coutumes galloises, on en conclut naturellement que ce droit de *juveigneur* était une tradition nationale, une anomalie dans l'histoire du droit, conservée à la fois par les deux débris de la nation bretonne, et qu'ainsi la tenue à laquelle elle se rattache est, comme elle, d'origine bretonne. — L'existence immémoriale de cette tenue franche, et par suite l'absence du *servage* en basse Bretagne, alors que partout ailleurs et notamment dans la haute Bretagne, la terre était exploitée par des *serfs*, contribue aussi à nous expliquer ce caractère franc, fier et indépendant qui, aujourd'hui encore, distingue les laboureurs de la basse Bretagne et contraste d'une manière si saillante avec le caractère tout différent des paysans de la Bretagne française.

DEUXIÈME ÉPOQUE.

La Bretagne constituée en duché féodal. — XIe-XVe siècles.

Dans le cours du Xe siècle, alors que la Bretagne était livrée à l'anarchie et aux dévastations des Normands, un duché féodal, relevant de la couronne de France, mais indépendant en réalité, s'était fondé dans l'ancienne province de Neustrie, devenue la Normandie. Les Normands avaient bien vite adopté la langue, les mœurs et les institutions françaises. Nulle part le régime féodal ne s'était constitué d'une manière plus régulière, plus chevaleresque et plus brillante. Charles le Simple ne s'était pas borné à céder la Neustrie à Rollon, il lui avait aussi abandonné la suzeraineté de la Bretagne, celle-ci ne devant plus être qu'un arrière-fief de la couronne de France. Les ducs de Normandie s'efforcèrent de rendre réelle cette suzeraineté en s'assujettissant la Bretagne. Nous venons de voir que, malgré un siècle de guerres et de dévastations, ils ne réussirent pas; mais il ne paraît pas non plus qu'ils aient complétement échoué. Nous voyons en effet les ducs bretons, suivant qu'ils sont les plus forts ou les plus faibles, accordant et refusant tour à tour l'hommage féodal que le vassal devait à son suzerain. C'est donc à tort que

Digitized by Google

les historiens bretons ont nié cette suzeraineté d'une manière absolue; il est vrai seulement qu'elle ne fut jamais volontairement acceptée par les Bretons, et que les ducs normands n'en ont jamais joui d'une manière paisible et constante. Quoi qu'il en soit, au reste, de cette question qui a longtemps excité les vives susceptibilités du patriotisme breton, toujours est-il que du Xe au XIe siècle la Bretagne s'est transformée sous l'influence de la Normandie. Ce fut par elle que la féodalité s'introduisit à cette époque en Bretagne, où elle n'est pas née, mais où elle a été importée; ce fut à l'imitation et sur le modèle du duché féodal de Normandie que se constitua graduellement le duché féodal de Bretagne. Les ducs normands et les ducs bretons n'étaient pas constamment en guerre; aux relations guerrières succédaient les relations pacifiques, aux combats les trêves, les traités de paix et d'alliance; ils se visitaient mutuellement, et des mariages unissaient les deux maisons ducales; les guerriers bretons fréquentaient la cour brillante de Rouen et prenaient part aux tournois ou aux expéditions chevaleresques des ducs de Normandie. Quand deux nations, l'une plus barbare, l'autre plus civilisée, se trouvent en contact journalier, les mœurs, la langue, les idées, les institutions de la nation civilisée ne tardent pas à se propager dans la nation barbare. C'est ce qui arriva : la Bretagne devint chevaleresque et féodale à l'imitation et sous l'ascendant de la Normandie. La cour féodale des comtes d'Anjou, autres voisins de la Bretagne, exerça sur elle une influence analogue. Cette *révolution féodale*, qui sépare si profondément la Bretagne primitive de la Bretagne des XIe et XIIe siècles, n'a pas été assez remarquée des historiens bretons. De même qu'ils confondent la haute et la basse Bretagne, de même ils confondent la Bretagne du IXe siècle avec celle du XIe, ou du moins ils ne font pas assez ressortir la transformation complète qui s'est opérée dans cet intervalle. Le gouvernement ducal d'Alain-Fergent ne ressemble pas plus à la royauté de Noménoë que cette dernière à l'autorité variable et multiple des chefs primitifs, si improprement qualifiés de rois.

On peut diviser en trois époques l'histoire du duché de Bretagne.

La première est celle des ducs de race bretonne, dont le plus célèbre fut Alain-Fergent; elle commence vers la fin du Xe siècle; elle finit avec Conan IV, en 1166. Au point de vue de l'histoire

Digitized by Google

du droit, elle se caractérise par l'introduction du régime féodal en Bretagne, et par l'établissement du duché de Bretagne, sur le modèle du duché de Normandie. Il n'existe de cette époque, non plus que des temps précédents, aucune loi écrite.

La seconde est une époque d'humiliation nationale, de trouble et d'anarchie. La lâcheté de Conan IV livre le duché à Henri II, roi d'Angleterre, déjà maître de la Normandie et de l'Anjou. Geoffroy, fils de Henri II, épouse Constance, fille de Conan, et devient duc de Bretagne. C'est à lui que remonte la première loi écrite, la fameuse *assise de Geoffroy*, laquelle a pour objet la succession aux fiefs et leur indivision, l'aîné succédant seul, à l'exclusion de ses frères et sœurs. On pourrait l'appeler la *Charte de la féodalité bretonne*, car elle la sanctionna et la consolida. Comme son nom l'indique, elle fut délibérée dans une assemblée des principaux seigneurs bretons. Cette seconde époque, la plus courte des trois, commencée en 1166, finit en 1213, alors que le duché, après l'assassinat d'Arthur et la confiscation de la Normandie par Philippe-Auguste, passe dans la maison de France par le mariage d'Alix, sœur d'Arthur, avec Pierre de Dreux, dit Mauclerc. On voit que le duché de Bretagne était un fief féminin, les femmes succédant à la couronne ducale, cause permanente de faiblesse et porte toujours ouverte à l'influence étrangère.

La troisième époque, celle des ducs capétiens de la maison de France, s'étend depuis le commencement du XIIIe siècle jusqu'à la fin du XVe (1213-1491), date de la réunion de la Bretagne à la France par le mariage de la duchesse Anne et de Charles VIII.

La politique extérieure des ducs de Bretagne, pendant cette période de trois siècles, consiste à maintenir leur indépendance, grâce à la rivalité de la France et de l'Angleterre, se ménageant entre ces deux puissances et s'appuyant tour à tour sur l'Angleterre pour résister à la France, et sur la France pour résister à l'Angleterre. Les ducs bretons reconnaissaient la suzeraineté du roi de France et lui rendaient hommage; ils prétendaient seulement ne devoir que l'hommage *simple*, tandis que les rois de France se croyaient en droit d'exiger l'hommage *lige*. En 1297, le duché de Bretagne fut érigé par Philippe le Bel en duché-pairie de la couronne de France, et c'est depuis cette érection que les rois de France donnèrent aux ducs de Bretagne le titre de *ducs*; jusque-là, dans leurs lettres, ils ne les qualifiaient que de *comtes*. — Quant à la politique intérieure des

Digitized by Google

ducs bretons, elle différa peu de la politique extérieure des rois de France. Elle consista, comme celle-ci, à abaisser la noblesse féodale et le clergé, dont la puissance avait grandi pendant les troubles de l'époque précédente, à protéger la bourgeoisie naissante et à faire prévaloir de plus en plus l'autorité ducale. Ce fut Pierre de Dreux qui donna le signal de cette politique nouvelle, apportée par lui de la cour de France, et dans laquelle persévérèrent ses successeurs.—La mort de Jean III, dit le Bon (1341), fut le signal d'une guerre civile entre les deux prétendants à sa succession, Charles de Blois et Jean de Montfort, guerre dans laquelle intervinrent la France et l'Angleterre, qui, pendant plus de vingt-cinq ans, dévasta la Bretagne, mais dont les hauts faits, immortalisés par Froissart, charment encore aujourd'hui le lecteur après avoir été l'admiration des contemporains.

Cette période des ducs capétiens (du XIIIe à la fin du XVe siècle) est la grande époque de l'histoire du droit breton. Il nous reste, en effet, beaucoup de *constitutions* ou ordonnances rendues par les ducs de cette race sur des matières diverses de droit public et de droit privé, et c'est dans le cours du XIVe siècle que fut rédigée la coutume de Bretagne, première rédaction non officielle connue sous le nom de *la très-ancienne coutume de Bretagne*, et dont les rédactions postérieures n'ont été que des modifications. Les légistes qui l'ont rédigée sont restés inconnus et on ignore la date précise de cette rédaction. C'est un de ces coutumiers rédigés par des praticiens, pour les besoins de la pratique judiciaire, comme il en parut aux XIIIe et XIVe siècles dans toutes nos provinces coutumières, coutumiers qui servirent plus tard aux rédactions officielles. La très-ancienne coutume de Bretagne est évidemment postérieure aux *Établissements de Saint-Louis* qui, eux-mêmes, selon l'opinion la plus accréditée, ne sont autre chose qu'un coutumier du même genre; et il est évident que les légistes qui l'ont rédigée ont largement puisé à cette source.

Le régime féodal est curieux à étudier en Bretagne sous un double rapport : d'abord il est plus complet et plus logique peut-être dans cette province que dans toutes les autres, ce qui tient à ce qu'il ne s'y est pas développé spontanément et successivement, mais y a été importé, dans son intégralité, des provinces voisines à l'époque la plus brillante de la féodalité, et, une

Digitized by Google

fois naturalisé en Bretagne, s'y est conservé plus longtemps qu'ailleurs pur de tout alliage, grâce à la ténacité bretonne. Ensuite il est curieux d'observer comment, en basse Bretagne, les fiefs se sont combinés, sans les abolir, avec les tenues à domaine congéable, combinaison qui donne au régime féodal en basse Bretagne une physionomie qu'il ne trouve nulle part ailleurs. On sait qu'il y avait deux espèces de fiefs, le fief noble ou fief proprement dit, et le fief roturier ou *censive;* de même qu'il y avait deux classes de vassaux, les *vassaux nobles* relevant les uns des autres à *foi et hommage*, et les *vassaux roturiers ou censitaires* tenant leurs terres des premiers et les exploitant moyennant un *cens* ou rente. L'effet de la féodalité avait été de transformer les anciens serfs en vassaux roturiers, affranchis de leur servage, mais toujours plus ou moins dépendants, plus ou moins à la merci de leurs seigneurs. Le territoire de la haute Bretagne était donc, comme dans les autres pays féodaux, divisé en fiefs nobles relevant les uns des autres, et, dans l'intérieur de ces fiefs, les terres étaient roturièrement afféagées au xpaysans qui les exploitaient à des conditions féodales plus ou moins onéreuses. Le territoire de la basse Bretagne était aussi divisé en fiefs nobles, et la féodalité noble y était constituée de la même manière; mais les terres composant ces fiefs, au lieu d'être afféagées à des vassaux roturiers, continuèrent comme par le passé à être *tenues* par des *colons* ou *domaniers* à titre de *domaine congéable*. Il est vrai que les feudistes essayèrent d'assimiler les tenues à domaine congéable aux fiefs roturiers de la haute Bretagne; ils voulaient en faire ce qu'ils appelaient un *fief anormal;* mais ils échouèrent, et la tenue convenancière conserva, bien que modifiée, ses caractères essentiels, ainsi que le reconnut l'Assemblée constituante, lors de l'abolition de la féodalité. La tenue à domaine congéable, antérieure à la féodalité, était destinée à lui survivre. Le régime féodal se superposa donc au domaine congéable sans l'abolir, et les laboureurs de la basse Bretagne peuvent à bon droit se vanter de n'avoir jamais été, sauf les exceptions, ni des *serfs* ni même des *vassaux*, mais des *colons* libres, des *domaniers* indépendants, bien que *congéables*.

C'est surtout dans la très-ancienne coutume de Bretagne qu'on peut étudier la féodalité bretonne, à la condition toutefois de ne pas oublier que les légistes qui l'ont rédigée appartenaient à la

Digitized by Google

haute Bretagne et ne se sont nullement préoccupés des modifications qu'avait subies le régime féodal en s'étendant dans la basse Bretagne.

TROISIÈME ÉPOQUE.

La Bretagne réunie à la France et réduite à l'état de province. — XVIe-XVIIIe siècles.

Du XVIe au XVIIIe siècle, la Bretagne n'est plus qu'une province du royaume de France; mais, de toutes les provinces, c'est celle qui conserve le plus d'indépendance. Charles VIII, Louis XII et enfin François Ier, lors de l'incorporation définitive du duché à la couronne (1532), s'engagent solennellement à respecter les *droits*, *franchises* et *priviléges* de la Bretagne, tels qu'elle les possédait sous ses ducs ou qu'ils sont stipulés lors de la réunion. Un gouverneur royal eut le commandement militaire de la province, où il représentait le roi; mais une partie de l'administration fut confiée aux *États* composés des trois ordres de la Bretagne, États qui se réunissaient tous les deux ans pour voter les impôts, en régler et en surveiller l'emploi. Un parlement, indépendant du parlement de Paris, mais dont une partie des membres devaient être nés hors Bretagne, fut établi à Rennes pour y rendre la justice d'une manière souveraine, et les ordonnances royales durent y être vérifiées et enregistrées avant d'être mises à exécution. Ajoutons, il est vrai, que les libertés bretonnes ne furent pas toujours respectées, surtout sous Louis XIV et sous Louis XV. Aussi la Bretagne ne se soumit pas sans impatience et sans regrets à l'autorité royale. Le duc de Mercœur, profitant des troubles de la ligue et de l'attachement des Bretons à la foi catholique, essaya de rompre l'union de la Bretagne à la France et de ressusciter à son profit le duché de Bretagne. Il en résulta à la fin du XVIe siècle une guerre civile qui dévasta le pays, mais n'eut d'autre effet que de consolider l'autorité royale. Plus tard, sous Louis XIV, une sédition, allumée par la création d'impôts illégaux, fut éteinte dans des flots de sang. Enfin, dans le cours du XVIIIe siècle, le parlement et les États réclamèrent à diverses reprises, avec plus de turbulence que de succès, contre la violation des priviléges de la province et l'accroissement de l'autorité royale. On ne se doutait guère qu'on fût à la veille d'une révolution, qui allait clore

Digitized by Google

l'histoire de Bretagne, et fondre définitivement la petite nation bretonne dans la grande nation française.

C'est dans le cours de cette période que la coutume de Bretagne a été réformée et rédigée d'une manière officielle. La première réformation eut lieu en 1539 (*ancienne coutume*), et la seconde, la rédaction définitive, en 1580. Les commissaires chargés de cette dernière réformation, au nombre desquels se trouvait D'Argentré, étaient tous attachés aux vieilles maximes féodales et ennemis des innovations qui pénétrèrent à cette époque dans la plupart des autres coutumes. La coutume de Bretagne conserva donc, plus que toute autre coutume réformée, son caractère féodal. Il résulte du procès-verbal de la réformation (celle de 1580) que des articles, cahiers et mémoires relatifs au domaine congéable furent présentés aux commissaires à l'effet d'être approuvés par eux et publiés à la suite de la coutume; mais, *le temps ayant manqué*, on se borna à déclarer que *ceux qui prétendraient lesdits droits de convenants et domaines congéables en useraient et jouiraient, comme ils avaient fait au temps passé, bien et dûment.* On négligea donc, comme toujours, la basse Bretagne et ses usements. — En Bretagne, comme ailleurs, le droit romain complétait la coutume. Les ordonnances des rois de France y devinrent aussi applicables, mais seulement en ce qui n'était pas contraire aux usages et franchises de la province, et à la condition d'être vérifiées et enregistrées au parlement. Ajoutez-y les nombreux arrêtés de règlement rendus par le parlement en matière de police. — C'est aussi dans cette période que la Bretagne a produit ses trois principaux jurisconsultes : D'Argentré au XVIe siècle, Hévin au XVIIe et Duparc-Poullain au XVIIIe. D'Argentré a commenté la coutume, dont il a été l'un des réformateurs; son influence a été grande sur la coutume de Bretagne, comme celle de Dumoulin sur la coutume de Paris, mais en sens inverse, car il était aussi féodal que Dumoulin l'était peu. Hévin est le jurisconsulte breton qui a le mieux connu la féodalité; il l'a étudiée historiquement, et bien qu'on n'ait de lui que des notes et des consultations, il a laissé, comme Eusèbe de Laurière, avec qui il a tant de rapports, des traces lumineuses partout où il a passé. Duparc-Poullain ressemble à Pothier; il en a la clarté, la méthode et aussi la sécheresse; l'histoire n'a pas pour lui l'attrait qu'elle avait pour D'Argentré et pour Hévin. Ses livres sont tous pra-

Digitized by Google

tiques; ce sont les principes du droit français suivant les maximes de Bretagne, le journal des audiences du parlement de Bretagne, et la coutume de Bretagne où sont compilés tous les commentateurs de la coutume. POUHAËR.

LOUAGE. — FERMIER. — REMISE DE PRIX.

Suffit-il, pour que le fermier ait droit à la remise sur le prix de son bail, aux termes de l'article 1769 C. Nap., que le cas fortuit ait enlevé la moitié du produit net de la récolte? Ne faut-il pas qu'il ait enlevé au moins la moitié de la récolte brute?

Par M. Rodière, professeur à l'École de droit de Toulouse.

Pour bien comprendre les droits des fermiers en cas de grêle ou autre cas fortuit qui enlève une partie de la récolte, il faut comparer leur position à celle des colons partiaires. La position parfaitement simple de ceux-ci sert à mieux saisir la situation plus compliquée de ceux-là.

Qu'arrive-t-il quand la grêle enlève une partie de la récolte d'un bien exploité par un colon partiaire à demi-fruits? Il arrive que la part du maître et celle du métayer se trouvent toujours frappées également. Si la grêle enlève la moitié des fruits, le colon partiaire n'a que le quart de la récolte brute qu'il espérait; si elle a enlevé les neuf dixièmes des fruits, il n'aura que la moitié du dixième qui sera récolté. Jamais métayer n'a prétendu obtenir davantage, sous le prétexte que la récolte perçue ne suffisait pas pour payer ses travaux. La distinction entre le produit brut et le produit net n'est jamais venue à l'esprit de l'humble colon partiaire; il a fallu l'imagination des fermiers, classe généralement beaucoup plus éclairée que celle des métayers et plus instruite des principes de l'économie politique où l'on distingue soigneusement le produit brut du produit net, pour essayer d'opposer cette distinction aux propriétaires.

Mais cette distinction, nous l'avons dit, est condamnée ici par le texte et par l'esprit de la loi.

Les remises que la loi permet aux fermiers de demander, en cas de grêle, sont d'abord à nos yeux, quoi qu'en dise M. Trop-

Digitized by Google

long sur l'article 1769, un tempérament introduit par l'équité et contraire aux principes généraux du droit.

Nous ne voyons dans les fermiers que des entrepreneurs d'industrie qui empruntent le capital d'autrui, et qui payent naturellement le loyer du capital tel qu'il est réglé par la convention. Ils usent de ce capital à leurs risques et périls. Ils devraient donc, d'après les principes généraux, supporter exclusivement les mauvaises chances, comme ils profitent exclusivement des bonnes; et la loi, il faut le reconnaître, se montre bienveillante tant à leur égard qu'à l'égard des emprunteurs ordinaires, qui doivent toujours payer intégralement l'intérêt qu'ils ont promis, quoique l'affaire pour laquelle ils ont emprunté, au lieu de procurer des bénéfices, n'ait présenté que des pertes.

Nous accordons à M. Troplong que les jurisconsultes romains se montraient aussi favorables aux fermiers que la loi française; mais nous maintenons, et M. Troplong fait de vains efforts pour établir le contraire, qu'ils s'écartaient en cela des principes généraux.

Dans notre sentiment donc, les remises réclamées par les fermiers sont, comme les délais de grâce demandés par les débiteurs en retard, des dérogations à l'effet naturel des conventions, c'est-à-dire que ces remises sont de droit étroit et ne doivent jamais être étendues hors du cercle que la loi a tracé.

Au demeurant, M. Troplong ne va pas jusqu'à dire que le fermier puisse parfois réclamer des remises en dehors des cas prévus par les articles 1769 et 1770 du Code Napoléon; et dans son système, par conséquent, comme dans le nôtre, tout consiste à déterminer le véritable sens de ces articles.

Pour bien fixer ce sens, occupons-nous d'abord de l'hypothèse la plus simple, celle où le bail n'est que d'une année :

« Si le bail n'est que d'une année, porte l'article 1770, et que » la perte soit *de la totalité des fruits ou au moins de la moitié,* » le preneur sera déchargé d'une partie proportionnelle du prix » de la location. — Il ne pourra prétendre aucune remise, si la » perte est moindre de moitié. »

N'est-il pas évident tout d'abord qu'en parlant *de la totalité des fruits,* l'article 1770 a voulu parler de la récolte brute, et qu'en parlant ensuite de la perte de la moitié, il a eu en vue la récolte brute aussi! Comment supposer que dans le même membre de phrase, le même mot s'entende une fois du produit brut et

Digitized by Google

une autre fois du produit net! Ce serait prêter au législateur un langage par trop énigmatique!

A la vérité, quand il s'agit des rapports d'un propriétaire *avec un tiers*, avec lequel il n'a jamais contracté, avec un possesseur, par exemple, de bonne ou de mauvaise foi, l'article 548 du Code Napoléon, dispose que « les fruits produits par la chose n'appar- » tiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais » des labours, travaux et semences *faits par des tiers*. » C'est la consécration de l'adage si connu : *Fructus non dicuntur nisi deductis impensis*.

Mais le texte de l'article 548 est bien clair; il ne s'occupe que des travaux faits *par des tiers*[1]; il ne s'occupe nullement des travaux faits par celui-là même qui doit profiter des fruits, soit colon, soit fermier. L'indemnité pour ceux-ci se trouve précisément dans la chance qu'ils ont de profiter des bonnes récoltes, chances que n'a point, par exemple, le simple journalier.

Mais, outre que le texte de l'article 1770 ne peut évidemment s'entendre que des produits bruts, les raisons abondent pour démontrer que le législateur n'a pu songer ici au produit net.

Qu'a voulu d'abord l'article 1770, en exigeant, pour autoriser le fermier à demander une remise, que la perte soit au moins de la moitié des fruits? Il a voulu prévenir des contestations trop multipliées entre le bailleur et le preneur, et ne pas autoriser ce dernier à se prévaloir des moindres sinistres pour se soustraire à l'exécution de ses engagements.

Mais ce but de la loi serait bien évidemment manqué, si la perte dont elle parle ne devait pas s'entendre uniquement de la récolte brute. La perte d'une quotité de la récolte brute est en effet une chose bien facile à constater, parce qu'elle est, pour ainsi dire, du ressort des yeux. Mais que de difficultés pour déterminer le produit net! Ce produit est sujet à mille variations. Il diffère, suivant chaque nature de sol et de culture; il diffère encore pour les mêmes natures de sol et de culture, suivant les usages de chaque contrée.

Le produit net est considérable pour les bois et les prés, qui n'ont besoin, pour ainsi dire, d'aucune culture; il est moindre pour les terres labourables; il est moindre encore pour les vignes

[1] Cet article est une preuve que dans la langue du Droit français le mot *fruits* ne s'entend pas des produits de la terre, déduction faite des frais de culture.

Digitized by Google

et les jardins, qui exigent tant de soins. Le produit net est beaucoup plus considérable dans les bonnes terres que dans les mauvaises. Il est plus élevé dans les localités où les salaires sont bas que dans celles où ils sont chers; et les salaires diffèrent; non pas seulement de province à province, mais souvent d'une commune à l'autre, d'un hameau au hameau voisin.

Autoriser un fermier à demander une remise pour une perte de la moitié du produit net, c'est donc l'autoriser à demander des remises pour les sinistres les plus insignifiants; car un fermier difficultueux ne manquera pas de dire que le léger sinistre dont il se plaint a suffi pour le priver de son produit net qui, à raison des grands frais qu'a nécessités son exploitation, a été presque nul.

Ajoutons qu'autoriser un fermier à réclamer pour une perte de moitié du produit net, ce serait traiter le fermier actif et intelligent plus rigoureusement que le fermier paresseux ou ignorant, et accorder une sorte de prime à ce dernier; car l'importance du produit net dépend beaucoup des qualités du fermier. Il sera considérable pour le fermier qui sait faire chaque travail en son temps et s'aider des bons instruments de culture; il sera faible pour celui qui ne saura pas, comme l'autre, choisir toujours bien son temps, profiter également de la pluie et du soleil, s'aider des instruments les plus appropriés à la nature du sol.

Ce n'est pas tout. Montrons que le système que nous combattons, outre les procès innombrables qu'il devrait nécessairement amener, produirait souvent des résultats manifestement inadmissibles.

Il est clair, par exemple, que la loi a entendu graduer la remise accordée au fermier suivant la quantité des fruits enlevés par le sinistre. Si la totalité des fruits est enlevée, le fermier obtient décharge complète; si ce sont les trois quarts, il obtient remise des trois quarts; si c'est la moitié, remise de moitié. Rien de plus simple et de plus facile à calculer.

Dans le système du produit net, ce n'est pas cela. Le fermier aura droit souvent à la décharge complète, aussi bien dans le cas où la récolte n'a été enlevée que pour moitié, que dans le cas où elle a péri totalement. Suivant lui, la moitié des fruits que la grêle a laissés ne suffit pas ou suffit à peine pour couvrir les frais d'exploitation; partant point de produit net, partant point de rente.

Digitized by Google

Le fermier prendra donc tous les fruits que la grêle n'a pas atteints pour se nourrir lui et les siens; et le propriétaire mourra de faim.

Ce résultat, on en conviendra, dépasse tout ce que les socialistes les plus radicaux ont imaginé.

En voici un autre qui mérite aussi d'être signalé. On va voir que, par une combinaison fort simple, le fermier s'appropriera, *sans se donner la moindre peine*, une partie du produit net, qui, en bonne règle, doit toujours revenir à la propriété.

Soit un domaine produisant, année commune, 80 hectolitres de blé, qui est affermé pour 40. Le fermier sous-loue à un métayer. La grêle enlève 20 hectolitres. D'après ce qui a été dit précédemment, le métayer se contentera nécessairement de la moitié des 60 hectolitres perçus, quoique cette moitié suffise à peine à la nourriture de sa famille et de ses valets de labour. Le fermier exigera évidemment les 30 autres hectolitres; et comme il prouvera au propriétaire qu'une moitié du produit net a péri par le sinistre, parce que ce produit ne devait être que de 40 hectolitres, il ne lui payera que 20 hectolitres; et gardera 10 hectolitres pour lui, qui lui profiteront on ne sait pourquoi.

Si, dans la même espèce, la grêle enlève 40 hectolitres, le métayer, hélas! n'aura toujours que moitié des 40 hectolitres restants; le propriétaire n'aura rien, parce qu'il n'y aura pas eu de produit net, et le fermier aura 20 hectolitres pour n'avoir rien fait.

Heureux ces fermiers que la grêle et la tempête devraient nécessairement enrichir!

Mais, dira-t-on, si dans ces cas le fermier n'obtient pas de remise, ce sera lui qui devra mettre du sien. Il n'aura pour sa part que 30 ou 20 hectolitres, et il devra en payer 40 au propriétaire.

Nous n'en disconvenons pas; mais ce résultat n'a rien d'extraordinaire ni d'injuste. Il tient tout simplement aux chances que présente le bail à ferme. Il tient à ce que lorsque la récolte est bonne ou fabuleuse, lorsqu'au lieu de 80 hectolitres, par exemple, le fermier en récolte 100, 150, 200, il ne donne pas au propriétaire un centilitre de plus.

La différence des positions entre les fermiers et les métayers s'explique dès lors tout naturellement.

Digitized by Google

Le métayer supporte, dans tous les cas, les sinistres dans la même proportion que le bailleur, et celui-ci, d'un autre côté, profite autant que le métayer des bonnes récoltes.

Quant au fermier, sa situation par rapport au propriétaire change dans trois hypothèses.

Si la totalité ou la moitié au moins de la récolte brute est enlevée, la perte se répartit également entre le propriétaire et le fermier.

La perte est-elle moindre de moitié de la récolte brute, elle ne frappe que le fermier, et dans ce cas, nous en convenons, il est moins bien traité que le colon.

Mais, par contre, et c'est ce qui rétablit l'équilibre, si l'année est abondante, le fermier est infiniment mieux partagé que le métayer, parce que tout le surcroît de récolte est pour lui.

Si, au contraire, les fermiers avaient droit à une remise pour une simple diminution de moitié du produit net, ils seraient dans une position infiniment meilleure que celle des colons, et l'on ne s'expliquerait pas pourquoi la loi, fort rigide pour une classe de preneurs, se montrerait d'une indulgence inouïe pour les autres.

Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse du bail d'une année, parce que c'est l'hypothèse la plus simple.

Mais les principes sont les mêmes dans le cas d'un bail de plusieurs années.

L'article 1769 du Code Napoléon est aussi précis pour ce second cas que l'article 1770 l'est pour le premier. Il exige, pour que le fermier puisse obtenir une remise, que la totalité ou la moitié au moins *d'une récolte* ait été enlevée, et la récolte c'est évidemment la totalité des fruits, c'est-à-dire le produit brut.

On peut seulement, dans ce cas, puiser une objection contre notre doctrine dans les dispositions de l'article 1769 qui font cesser le droit du fermier à la remise, quand il est *indemnisé* par les récoltes précédentes ou qu'il vient à l'être par les récoltes subséquentes.

Le fermier, dira-t-on, ne pourra être *indemnisé* par les autres années qu'autant qu'il aura obtenu un produit net; et si la loi entend parler pour ces autres années du produit net, c'est aussi le produit net qu'il faut consulter pour l'année même du sinistre.

Supposer que le calcul pour les années autres que celle du si-

Digitized by Google

nistre doit être fait sur le produit net, c'est admettre une opinion contraire à la doctrine.

M. Duvergier, tome IV, n° 170, dit : « C'est en calculant *seulement sur les quantités* et en faisant abstraction des qualités » et des prix, que la compensation devra être établie entre les » années abondantes et celles qui offrent un déficit de moitié au » moins sur une récolte ordinaire. Il n'y a pas de raison pour » s'écarter ici du procédé qui sert à évaluer si la récolte de » chaque année est au-dessus ou au-dessous d'une récolte ordi- » naire. »

Le fermier est donc indemnisé, suivant ce jurisconsulte, quand les récoltes des autres années ont été assez abondantes pour parfaire, *sous le rapport de la quantité*, le déficit de la récolte de l'année malheureuse, quand même les denrées des années abondantes n'auraient, à raison de la dépréciation des cours, donné au fermier aucun profit; et cette manière de calculer paraît généralement admise par les auteurs.

Mais lors même qu'elle devrait être rejetée, quand on devrait rechercher pour les années autres que celles du sinistre le produit net, cela n'impliquerait nullement la nécessité d'opérer de même pour l'année du sinistre.

On dirait en effet dans ce système :

Le but principal de la loi est d'empêcher des contestations trop fréquentes entre le propriétaire et le fermier. Voilà pourquoi elle exige, pour que le fermier ait droit à une remise, un fait patent, et pour ainsi dire matériel, la perte d'une moitié de la récolte brute.

Mais quand ce cas s'est réalisé, quand la réclamation du fermier est autorisée par la loi, rien n'empêche qu'on n'apprécie cette réclamation en recherchant si, durant toute la période de son exploitation, il y a eu en définitive, pour le fermier, profit ou perte.

On trouverait des motifs plausibles à cette différence.

S'agit-il, en effet, d'apprécier la perte causée par le sinistre qui donne lieu à la réclamation, l'évaluation de la perte matérielle, c'est-à-dire de la quantité de fruits enlevée, est presque toujours facile, parce que le sinistre est presque toujours récent, que presque toujours on peut en saisir encore les traces sur les champs, que toujours au moins son importance s'apprécie facilement par les dépositions des voisins.

Digitized by Google

Mais quand il s'agit de rechercher le produit obtenu par le fermier durant de longues années, il est très-difficile d'apprécier les profits ou les pertes du fermier d'après des faits précis, puisque la trace de ces faits a disparu du sol lui-même et de la mémoire des hommes.

On comprendrait alors que la loi autorisât à apprécier les produits du fermier en recherchant le produit net de l'immeuble affermé, tel qu'il se trouve indiqué par les circonstances, soit le revenu cadastral, le revenu ordinaire des terres du même ordre, l'augmentation de fortune du fermier, etc., etc.

Mais encore une fois, pour l'année du sinistre, ce ne sont pas simplement des inductions, des présomptions, des conjectures plus ou moins incertaines que la loi exige, ce sont des faits matériels et constants, des faits qui ne donnent lieu à aucun doute, c'est-à-dire la perte totale ou par moitié au moins de la récolte brute.

Rechercher alors le produit net, c'est violer formellement la lettre de la loi, c'est ouvrir la porte à une infinité de procès ou compliqués ou téméraires, c'est traiter le fermier beaucoup mieux que le colon, beaucoup mieux que le propriétaire lui-même, pour qui le système du fermage n'offrirait guère alors que des chances de perte, sans présenter des chances équivalentes de gain.

A. RODIÈRE.

ÉTUDE SUR LES RETRAITS.

Par M. Labbé, avocat, docteur en droit.

1. Les ouvrages de nos anciens auteurs sont une source abondante et précieuse d'instruction sur les matières qui ont passé du droit coutumier dans notre droit moderne. Mais nous trouvons souvent aussi beaucoup à puiser dans des traités sur des institutions aujourd'hui supprimées. Par exemple le retrait lignager est aboli; néanmoins les solutions données par nos anciens auteurs sur les effets de ce retrait peuvent nous servir à résoudre des questions semblables s'élevant de nos jours à propos du retrait successoral, du retrait de droit litigieux et du

Digitized by Google

retrait d'indivision (art. 1408 C. Nap.). Ce sont en réalité droits de même nature et produisant les mêmes conséquences. La jurisprudence ancienne nous a transmis sur cette matière une œuvre qui figure parmi les travaux remarquables du seizième siècle sur le droit : c'est le traité de Tiraqueau. Dès qu'il parut il fut en grande estime. D'Argentré se crut dispensé de commenter longuement le titre de sa coutume sur le retrait lignager, et se contenta de renvoyer à l'ouvrage de Tiraqueau.

2. Nous nous proposons de résoudre les principales difficultés que fait naître l'exercice du droit de retrait, et nous aurons presque toujours pour guide l'auteur que nous venons de citer.

3. Quel est le caractère principal du retrait dans ses diverses applications? Le retrait est la substitution d'une personne à une autre, d'un acheteur à un autre dans un contrat de vente. Vous avez vendu votre droit à une part de succession ; vous avez vendu un droit litigieux ; un mari s'est rendu acheteur de tout ou partie d'un immeuble dont sa femme était copropriétaire. Dans ces différents cas un cohéritier du vendeur, celui contre lequel le droit litigieux existe, la femme ou l'héritier de celle-ci a le droit de prendre la place de l'acheteur, de s'approprier la vente. Ce n'est pas une cession nouvelle de la même chose ; c'est uniquement la subrogation d'une personne à une autre dans un contrat. Supposez que le retrayant soit, et dès le principe, celui avec lequel le vendeur a contracté ; écartez l'acheteur primitif comme s'il avait toujours été étranger à l'opération : toutes les conséquences qui en résulteront seront vraies. Il y a une grande analogie entre un retrait et une déclaration de command : c'est, dans l'un comme dans l'autre cas, une substitution de personnes dans une convention unique. La seule différence est que la déclaration de command est une faculté que l'acheteur s'est réservée. Le retrait est une nécessité qu'il subit.

4. Cette manière de considérer le retrait est celle de nos anciens auteurs. Dumoulin dit de celui qui exerce le retrait : « Perinde est ac si emisset ab ipso venditore et primus emptor » non est amplius in consideratione et perinde habetur ac si non » emisset[1]. » Nous lisons dans Tiraqueau : « Ob retractum fingitur emptor retro non acquisivisse. » (*Du retrait lignager*, § 29, gl. 2, n° 2.) « Qui retrahit contractum ipsum approbat ;

[1] Le même auteur appelle le droit de retrait *jus prælationis*, droit de préemption, droit d'être préféré.

Digitized by Google

» nam in se sponte jus et locum emptoris transfert. » (*Ibid.*, § *fin.*, n° 28.) Enfin Pothier nous donne cette définition très-exacte : « Le droit de retrait n'est autre chose que le droit de » prendre le marché d'un autre et de se rendre acheteur à sa » place. Il ne tend pas à rescinder et détruire le contrat, mais » à subroger en tous les droits résultant du contrat, la personne » du retrayant à celle de l'acheteur sur qui le retrait est exercé. » (*Traité des retraits*, article préliminaire.)

5. Cette définition comprise et acceptée, nous n'hésiterons pas sur la solution des difficultés ; nous n'examinerons, du reste, que les principales : — L'acheteur écarté par le retrait, et qui n'avait pas encore payé tout son prix, reste-t-il débiteur envers son vendeur du reste du prix, sauf son action contre le retrayant ? — Les hypothèques et servitudes constituées par l'acheteur sont-elles effacées, résolues par le retrait ? — Les droits réels que l'acheteur avait sur la chose, et qui se sont éteints par confusion, renaissent-ils après le retrait ? — Si la même chose a été revendue plusieurs fois, le retrait s'exercera-t-il contre la première ou dernière vente ? — Le prix dont l'acheteur évincé obtient la restitution est-il une valeur mobilière ou immobilière, au point de vue de la succession ou de la communauté de cet acheteur ?

6. La première question est celle qui a excité le plus de controverses parmi les anciens et les modernes. Sur la solution, Dumoulin et Pothier sont en désaccord avec Tiraqueau, et récemment un rédacteur des plus distingués de la *Revue de législation*[1] s'est prononcé dans le même sens que Pothier, à propos d'un arrêt conforme d'une Cour d'appel. Nous croyons que Tiraqueau a eu raison contre de si imposantes autorités.

7. Voici l'hypothèse : J'achète une part indivise dans une succession moyennant un prix payable à différents termes. Un cohéritier de mon vendeur use du droit de retrait avant l'échéance de tous les termes. Il me rembourse ce que j'ai payé du prix convenu. Pour le reste du prix, le retrayant en devient-il le seul et unique débiteur ? Suis-je libéré à l'égard du vendeur ? ou bien au contraire resterai-je débiteur, sauf mon recours, contre le cohéritier retrayant, et suis-je réduit à courir la chance de l'insolvabilité de ce dernier ?

8. Appliquons notre principe : Par le retrait, celui qui l'exerce

[1] V. *Revue de législation*, t. XL, p. 69, article de M. Brives-Cazes.

Digitized by Google

est substitué à l'acheteur ; il est mis au lieu et place de celui-ci dans le contrat; l'acheteur ne lui transmet pas ses droits; l'acheteur est considéré comme n'ayant pas contracté, comme n'ayant jamais eu de droits à transmettre. L'acheteur devient étranger au contrat; le retrayant est censé avoir seul traité avec le vendeur, tenir ses droits de première main du vendeur. S'il en est ainsi, le premier acheteur n'a plus d'obligation envers le vendeur ; de même qu'il n'acquiert plus aucun droit de lui. S'il devait encore un prix, c'est qu'il aurait acheté, c'est qu'il aurait été investi du droit du vendeur. Cela étant, le retrayant ne pourrait tenir le même droit que de seconde main par une cession. L'acte ne serait plus une subrogation de personnes dans un seul et même contrat; deux opérations se seraient succédé. Ce qui est contraire à la nature, admise par tout le monde, du droit de retrait. Le droit du premier acheteur est résolu ; sa participation au contrat est effacée. L'obligation de payer le prix cesse en sa personne avec la cause qui l'avait fait naître.

9. Écoutons Tiraquellus s'expliquant sur le retrait lignager, § 1, gl. 18, n° 32 : « Quæro si in ipsâ venditione non fuerit » solutum integrum pretium, vel totum ipsum, vel partem ejus » promisit emptor solvere intra aliquod tempus et interim con» sanguineus vult retrahere et offert id tantum pretium quod so» lutum est et promittit, cum dies residui cesserit, id ipsum » solvere et liberare emptorem.... » Après avoir rapporté l'opinion de certains auteurs, il continue n° 34 : « Ego tamen diver» sum censeo, videlicet consanguineum non teneri solvere pre» cium non solutum et cujus solvendi dies nundum cessit, *non* » *magis quam ipsum emptorem* in cujus locum ille ex nostra » consuetudine substituitur atque subrogatur.... n° 39 : *Nec dici* » *potest emptorem manere obstrictum* ac *obligatum venditori* » post cessionem a se factam consanguineo vi istius statuti : quia » cum id faciat *ex necessitate* videtur esse liberatus eâ obliga» tione solutionis pretii.... Alias autem hoc statutum esset » omnium nequissimum quod cogeret emptorem re sibi venditâ » cedere, aliumque in sui ipsius locum reponere et nihilominus » pretium ejusdem rei solvere... N° 40 : Quod si venditor... quæ» ratur.... se hujus consanguinei fidem secutum non fuisse..... » N° 41 : Huic ita responderi potest *quod.... ab initio scierit jus* » *ei esse venditionem sibi avocandi atque ita se in locum et jus* » *emptoris transfundendi.* »

Digitized by Google

10. Dumoulin professe l'opinion contraire incidemment à la question de savoir si le retrayant jouit des termes de payement accordés au premier acheteur ou s'il est forcé de payer tout le prix immédiatement. Il accorde au retrayant les termes convenus dans le contrat primitif; mais il reconnaît que le premier acheteur qui, suivant lui, reste obligé envers le vendeur, court ainsi la chance de l'insolvabilité du retrayant. Voici, au reste, ses propres expressions. *Cons. Paris.*, tit. I, § 20, gl. 8, n° 7 : « Utrum patronus vel propinquus venditoris veniens ad retrac- » tum teneatur præcisè ad alterum duorum, vel solvere pretium, » vel consignare.... an vero sufficiat actori offerre et dare cau- » tionem idoneam de solvendo venditori...? Et primò non vide- » tur sufficere cautio *quia emptor remanebit obligatus vendi-* » *tori*.... Pro resolutione dico quod non tenetur actor reo » numerare pretium ab eo non solutum.... Si (pretium sit debi- » tum) in diem quæ nundum venit, fiet executio (retractûs) datâ » idoneâ cautione de solvendo in termino.... Et hoc ne actor » frustretur commodo dilationis quo frui debet; *nec obstat de* » *interesse emptoris qui poterit pignorationem pati post termi-* » *num*, quia... non est verisimiliter futurum, et, *si accidat*, recu- » perabile supradictâ cautione...., maximè attento quod emendo » se subjecit oneri retractûs. » Dumoulin ajoute plus positivement encore au n° 8 de la même glose : « Si actor.... se expro- » missorem offerat loco emptoris, an teneatur venditor mutare et » novare debitorem? Respondeo quod non ex quo obligatio semel » est constituta et perfecta. »

11. Pothier n'a fait que reproduire l'opinion de Dumoulin. Il ne dissimule pas la force des raisons présentées en sens contraire. N° 300 : « Si le prix n'était pas encore exigible, soit pour » le total, soit pour partie lors du retrait, le retrayant pourrait-il » obliger le vendeur à l'accepter pour débiteur de ce prix et de » toutes les obligations portées au contrat de vente, et à en dé- » charger l'acheteur en donnant par le retrayant audit vendeur » bonne et suffisante caution? On peut apporter des raisons plau- » sibles en apparence pour l'affirmative. Le droit de retrait étant » le droit qu'a le lignager de prendre le marché de l'acheteur » étranger, et d'être subrogé à l'achat qu'il a fait, tous les droits » résultant de cet achat sont transférés de la personne de l'ache- » teur étranger en celle du retrayant; il paraît s'ensuivre que les » obligations résultantes de cet achat doivent pareillement passer

Digitized by Google

» de sa personne en celle du retrayant, et que cet acheteur » étranger en doit être déchargé.... Nonobstant ces raisons, Du- » moulin, *in Cons. Paris.*, § 20, glose 8, n° 8, décide que le » vendeur n'est pas obligé, quelque caution qu'on lui offre, à » accepter le retrayant pour débiteur à la place de l'acheteur. La » raison est que le retrait est une affaire qui ne se passe qu'entre » le retrayant et l'acheteur sur qui le retrait s'exerce et qui ne » concerne pas le vendeur. Le vendeur n'étant pas garant du » retrait, l'acheteur étant censé s'être chargé d'en courir le » risque, le retrait ne peut donner à l'acheteur sur qui il est » exercé aucune action contre le vendeur pour l'obliger à le dé- » charger de son obligation : le vendeur se trouve donc dans la » règle générale qui ne permet pas qu'un créancier puisse être » obligé, malgré lui, à changer de débiteur, quelque caution » qu'on lui offre. »

12. L'objection faite à notre opinion par Dumoulin et reproduite par l'auteur de l'article que nous avons cité, se résume ainsi : « Le vendeur n'a pas eu confiance en la personne du » retrayant ; il ne doit pas, par un fait involontaire de sa part, » perdre le débiteur dont il a suivi la foi. L'acheteur a pu se » substituer quelqu'un dans ses droits, mais non dans ses obli- » gations. » Cette objection est mal fondée. La substitution du retrayant à l'acheteur primitif n'est pas plus le fait de celui-ci que du vendeur. C'est la loi qui l'opère ; c'est la loi qui donne à une tierce personne le droit d'intervenir dans le contrat, de s'imposer au vendeur, d'écarter l'acheteur, de se rendre propre une convention à laquelle elle était d'abord étrangère. Cette substitution de personnes, l'exercice de ce droit de se faire préférer au contractant choisi et agréé est un fait supérieur à la volonté des parties, dont toutes les deux subissent forcément la conséquence. Pourquoi l'une en souffrirait-elle plutôt que l'autre ? Serait-il juste que l'acheteur, privé des avantages, restât grevé des charges du contrat ? La loi, qui le fait considérer comme n'ayant jamais acquis, n'a-t-elle pas la force de le dégager de ses obligations ? Cet effet n'est-il pas naturellement renfermé dans le retrait tel que nous l'avons défini, avec les autorités les plus graves, celles mêmes de Dumoulin et de Pothier ?

13. Est-ce le cas de rappeler cette règle d'ailleurs incontestable : on peut céder ses droits et non ses obligations ? Non.

Digitized by Google

Est-ce que le premier acheteur a fait une cession? a-t-il pu céder quelque chose puisqu'il est rétroactivement dépouillé de tout? Le retrayant évince l'acheteur et ne traite pas avec lui. La règle n'est donc pas applicable. Le motif sur lequel elle repose ne se rencontre pas. Serait-il admissible qu'un débiteur, par sa volonté, donnât à son créancier un nouveau débiteur à sa place, en se libérant lui-même avec la facilité la plus contradictoire à l'idée d'obligation? Certainement non. Mais, dans notre espèce, l'acheteur ne consent à rien; il subit une nécessité. Peut-être aurait-il intérêt à résister au retrait, il ne le peut; il est contraint, et vous assimilez sa position à celle d'un cédant volontaire!

14. « Notre opinion expose, dit-on, le vendeur à une perte. » Serait-il plus juste que l'acheteur la supportât? L'un est-il plus coupable d'avoir acheté que l'autre d'avoir vendu en s'exposant au retrait? « L'acheteur a su qu'il serait sujet à cette cause » d'éviction. » Est-ce que le vendeur a davantage ignoré que la loi lui donnerait peut-être un débiteur à la place de celui qu'il avait choisi? « L'acheteur est censé s'être chargé de ce » risque. » L'a-t-il exprimé? Pourquoi présumer en l'acheteur, sans motif et sans vraisemblance, un consentement à une clause tacite qui lui serait si défavorable? La justice imposera, s'il y a lieu, au retrayant de donner au vendeur des garanties; sinon celui-ci, déchu du bénéfice du terme, devra payer tout le prix immédiatement. Nous n'insistons pas sur ce droit du juge, parce qu'il n'est pas contesté. Seulement, dans une opinion c'est à l'acheteur, dans l'autre opinion c'est au vendeur que le retrayant doit des sûretés convenables.

15. Ce que nous avons dit en raisonnant sur l'hypothèse du retrait successoral est applicable au retrait de droit litigieux, et même, selon nous, au retrait d'indivision exercé par la femme mariée en vertu de l'article 1408, C. Nap. Dans ce dernier cas faisons remarquer que la femme qui exerce le retrait doit être considérée comme ayant acheté avec l'autorisation de son mari; car il y aurait mauvaise foi de la part du mari à refuser d'autoriser sa femme à faire une opération qu'il jugeait bonne en la faisant pour lui-même. D'où il suit que la femme commune en biens est réputée par cette acquisition avoir obligé sa personne, la communauté et même son mari (art. 1419, C. Nap.). Cette conclusion semble ôter en ce cas

Digitized by Google

tout intérêt à notre question ; mais il n'en est pas ainsi à nos yeux, parce que nous pensons que le mari, obligé comme commun, ne peut plus être poursuivi après dissolution de la communauté que pour moitié de la dette ; tandis que, s'il restait débiteur du prix comme acheteur, il serait poursuivi pour le tout, sauf son recours.

16. Quand un principe est bien posé, les conséquences qu'il renferme se développent facilement, et on est réduit sur chaque question spéciale à répéter les mêmes raisonnements : c'est ce qui nous arrivera. Dans l'intervalle de la vente au retrait, l'acheteur a constitué des servitudes ou des hypothèques : subsisteront-elles après le retrait ? L'acheteur avait des droits réels sur l'immeuble avant d'en avoir acquis la propriété ; par la confusion il a perdu ses droits : les recouvrera-t-il quand il sera privé de la propriété ? Ces deux questions n'en forment qu'une seule en réalité et se résolvent par les mêmes motifs. L'acheteur, avons-nous dit, est réputé n'avoir pas eu de droit de propriété en vertu d'un contrat qui est transporté à une autre personne. Donc il n'a pas pu démembrer une propriété dont il n'a jamais été investi ; mais d'un autre côté, il n'a pas perdu par une confusion rétroactivement effacée les droits qu'il avait sur la chose. Cette dernière solution est parfaitement équitable. L'acheteur, qui a déjà sur une chose un démembrement de la propriété, achète cette chose pour un prix d'autant moins élevé Si le retrayant, moyennant la restitution de ce prix, devenait propriétaire plein et entier, il s'enrichirait sans raison aux dépens de l'acheteur qu'il évince. On est autorisé à retirer des mains de l'acheteur tout ce qui a été vendu, sans aucune diminution provenant du fait de celui-ci, mais aussi rien autre chose que ce qui a été vendu, que ce qui appartenait au vendeur.

17. Telle est la solution proposée par Tiraqueau, titre 2, § 3, n° 8 et sequ. *De retraict conventionnel*. Notre auteur cite Dumoulin comme ayant émis une opinion contraire, *ibid.* n° 11. Cette citation est inexacte. Dumoulin, à l'endroit indiqué par Tiraqueau[1], agite la question de savoir si les hypothèques et servitudes, constituées *par le vassal qui a vendu son fief*, subsistent après le retrait exercé par le seigneur suzerain. Il la résout par l'affirmative. Mais cette question est particulière au retrait féodal,

[1] *Cons. Par.*, tit. 1, § 20, gl. 5, quest. 5, n° 26.

Digitized by Google

ne se présente pas dans le cas du retrait lignager ou successoral, et n'a rien de commun avec la question soulevée par nous. Les charges imposées *par le vendeur* ne sont certainement pas effacées par le retrait lignager, ou successoral, ou litigieux exercé contre l'acheteur. Dumoulin arrive, au n° 45 du même passage, à notre véritable question « Quæritur an debeat subire onera » et hypothecas impositas à tempore dictæ primæ venditionis » usque ad tempus retractus?..... » Il donne la même solution que Tiraqueau, celle que nous avons adoptée. « *Dico indistinctè* » *patronum nullo modo teneri ad onera imposita post venditio-* » *nem* cujus virtute retrahit.... Cæterum jure retractus semel » formato et acquisito patrono, nihil ipso jure fieri potest in » præjudicium patroni qui pro tempore futuro non æquiparatur » simplici emptori nudam personalem actionem habenti, sed » domino seu habenti jus in re. »

18. Dumoulin prévoit aussi la question de la résurrection des droits qu'avait l'acheteur sur la chose et que la confusion a paru éteindre; il la tranche en faveur de l'acheteur, ibid, n° 35. « (Consuetudo) non intelligitur velle transferre, nisi illud quod » fuit emptum, et titulo emptionis acquisitum per emptorem, » transferendo contractum in eum in quem dispositio consuetu- » dinis confertur, ut eo loco sit ac si primum emisset.... *undè re-* » *liqua in pristinum statum restitui debent*, ut sic consanguineus » retrahens non lucrabitur usumfructum emptoris confusum. »

19. Pothier se prononce dans le même sens au n° 431. Mais ce même auteur donne à son opinion un corollaire qui nous paraît contestable. Le prix que le retrayant rembourse sera-t-il distribué entre les créanciers hypothécaires suivant le rang de leurs hypothèques ou au marc le franc entre tous les créanciers? Pothier veut que l'ordre des constitutions d'hypothèque soit observé au moins au cas où l'immeuble a déjà été saisi avant l'exercice du retrait. « Les créanciers (saisissant et oppo- » sants), étant censés tenir sous la main de la justice chacun » selon l'ordre de leurs priviléges et hypothèques l'héritage » saisi, ils doivent recevoir dans le même ordre ce qui est payé » par le retrayant pour les obliger à le lui délaisser. »

20. Comment admettre cela? Le retrait résout le droit de l'acheteur; l'acheteur écarté n'a pas eu de droit sur la chose et n'a pas pu en conférer. Le créancier n'a obtenu qu'un droit résoluble et aujourd'hui résolu; il n'a aucune préférence à pré-

Digitized by Google

tendre sur les autres créanciers. Cette déduction est inévitable. La circonstance que la saisie est antérieure au remboursement du prix est-elle de nature à changer la solution? non. La saisie ne confère aucun droit nouveau au créancier. Elle le prémunit contre les actes ultérieurs et volontaires du débiteur. Mais la saisie disparaît par la résolution du droit de propriété du débiteur. Elle est alors nulle comme pratiquée sur un bien dont le débiteur n'est pas propriétaire et sur lequel le créancier n'a pas de droit de suite. Le retrayant ne doit rien directement aux créanciers, nantis ou non nantis de la chose, lesquels ne sont en toute situation pour lui que les ayants cause de l'acheteur. Il doit la restitution du prix à l'acheteur, et, libéré envers ce dernier, il n'a aucun droit de rétention à redouter de la part de créanciers qui auraient saisi, et tiendraient la chose sous la main de la justice, comme le ferait supposer la phrase de Pothier. La somme que le retrayant verse dans le patrimoine de l'acheteur est une valeur mobilière, ne représente aucun immeuble et devient le gage de tous les créanciers chirographaires.

21. Pothier invoque par analogie le cas où le débiteur d'une rente foncière la rachète : le prix est distribué entre les créanciers hypothécaires du crédit-rentier; mais dans ce cas le droit du rentier n'est pas résolu et les hypothèques par lui conférées subsistent. La coutume en accordant au propriétaire le droit de rachat a seulement voulu *pour l'avenir* dégager l'immeuble de toute entrave à des améliorations.

22. Il était facile aux créanciers de savoir que la propriété de leur débiteur était sujette à retrait et dans la prévoyance de cet événement ils auraient dû se faire céder la somme à exiger du retrayant et signifier au retrayant le transport de cette créance conditionnelle.

23. Il y a toutefois un créancier de l'acheteur qui conserve son droit de préférence : c'est celui qui, après avoir payé le prix au vendeur, a été subrogé par celui-ci au privilége sur la chose vendue. La vente subsiste. La personne de l'acheteur est seule changée. Le vendeur conserve par conséquent son privilége et les subrogations consenties par lui ou opérées par la loi sont parfaitement valables. Le retrayant devra désintéresser ce créancier subrogé s'il ne veut pas être inquiété.

24. Nous n'osons pas dire avec Pothier, n° 432, qu'un créancier qui aurait prêté à l'acheteur les fonds employés au paye-

Digitized by Google

ment du prix et qui aurait été par l'emprunteur subrogé au privilége du vendeur, conserverait le bénéfice de cette subrogation. L'acheteur, étant évincé du contrat et réputé n'y avoir pas été partie, a-t-il pu subroger aux droits du vendeur? Une personne étrangère au contrat l'aurait-elle pu?[1] La négative est à notre avis une conclusion nécessaire. La faculté du retrait, étant écrite dans la loi et les conséquences du retrait étant faciles à déduire et à prévoir, ce créancier ne devait pas se contenter de cette garantie[2].

25. La question que nous venons de discuter aura-t-elle une application fréquente aux retraits qui subsistent dans notre législation? Non. Cependant elle n'est pas inouïe. Dans l'hypothèse du retrait successoral, ce qui diminue l'importance de la question c'est que l'effet rétroactif du partage annulerait naturellement et sans conteste les hypothèques constituées par l'acheteur ou acquises de son chef. Néanmoins supposons que le retrait exercé, les immeubles de la succession soient licités et qu'un étranger se rende adjudicataire. L'art. 883 ne s'applique pas. Les charges imposées par les cohéritiers subsistent. Il est opportun de se demander si celles, constituées par l'acheteur d'une part de succession contre lequel le retrait a été exercé, sont ou non résolues.

26. Dans l'hypothèse du retrait de droit litigieux, notre question se présente sous une autre forme. Les cessions, consenties par l'acheteur et suivies de signification, sont-elles efficaces et donnent-elles au cessionnaire le droit d'être remboursé par préférence aux autres créanciers de l'acheteur primitif?

27. Enfin, dans l'hypothèse du retrait d'indivision, le mari, qui s'est rendu adjudicataire de la totalité d'un immeuble indivis entre sa femme et d'autres personnes, a pu conférer des hypothèques. Ces hypothèques s'évanouiront quand la femme s'appropriera l'adjudication. C'est une application pure et simple de notre principe.

[1] Les seuls actes de l'acheteur qui seront respectés après le retrait, sont les actes de pure administration. Peut-on ranger dans cette classe un emprunt et une subrogation?

[2] Notre opinion, qui paraît rigoureuse, ne manque pas d'une certaine utilité pratique. Le retrayant peut ignorer la subrogation, et est exposé, si elle est valable, à ne pas payer à qui de droit; tandis que si le prêteur s'est fait céder la créance éventuelle de son débiteur contre le retrayant, le retrayant sera nécesairement averti de ce droit cédé contre lui.

Digitized by Google

28. Entre l'achat et le retrait, l'acheteur peut avoir revendu à un sous-acquéreur moyennant un prix supérieur ou inférieur à celui de la première vente. Quel est le prix que remboursera le retrayant? Ce sera le prix de la première vente. L'acheteur exposé au retrait ne transmet en revendant qu'un droit sujet à la même cause de résolution. La revente ne modifie pas la position et les droits du retrayant; elle ne saurait lui imposer de payer une somme plus considérable. Par contre, elle ne lui profite pas en diminuant ce qu'il doit rembourser. Sur ce point, les auteurs sont d'accord : c'est une conséquence de nos principes.

29. Mais où la divergence commence, c'est lorsqu'on se demande à qui reviendra l'excédant du prix de la première vente sur le prix de la seconde, si excédant il y a? Sera-ce au premier, sera-ce au second acheteur? La question est difficile. L'acheteur en revendant a transmis tous les droits réels qu'il avait sur la chose; mais a-t-il implicitement transmis une créance qu'il avait à l'occasion de cette chose? Qu'un vendeur soit présumé céder à son acheteur tous les droits, même personnels, au moyen desquels celui-ci peut se défendre contre les tiers, cela est naturel parce que c'est conforme à l'obligation de garantie qu'il a contractée. Mais que le vendeur soit présumé céder des droits personnels, nés à l'occasion de la chose, qui ne serviront pas à l'acheteur à conserver plus sûrement cette chose, c'est faire une supposition gratuite et sans preuve : telle est la distinction dont il convient de faire l'application à l'espèce. Or importe-t-il à la sécurité du second acheteur que l'excédant du prix de la première vente sur celui de la seconde profite à lui plutôt qu'à son vendeur immédiat? Nous ne le croyons pas; on prétend le contraire parce que le sous-acheteur attaqué repoussera le retrayant et retiendra la chose jusqu'au remboursement d'une somme plus considérable que son propre prix. Cela est vrai. Mais dans toutes les opinions, le sous-acheteur en possession ne déguerpira que sur la preuve de la restitution du prix intégral de la première vente; il doit appeler son vendeur en cause et mettre celui-ci à même de résister au retrait. Seulement une portion du prix restera entre les mains du premier acheteur qui a revendu.

30. Cette décision est, suivant nous, la plus équitable; car, si l'acheteur avait revendu un prix supérieur, ne serait-il pas forcé de restituer au sous-acheteur plus qu'il n'aurait reçu lui-même du retrayant. Il fait donc la revente à ses risques et péril,

Digitized by Google

et reste seul exposé aux chances du retrait. Ces chances seront bonnes ou mauvaises pour lui. Le sous-acheteur ne doit connaître que son contrat et les droits qui en résultent en cas d'éviction. C'est une excellente preuve de la justesse d'une décision qui met un désavantage à la charge d'une personne, de rechercher si cette même personne aurait un avantage corrélatif dans une hypothèse inverse.

31. Tiraquellus rapporte sur cette question l'opinion de Petrus, de Bartole et de Balde. Mais il ne se prononce pas lui-même, tit. I, § 12, gl. 1, n° 15 et seq. : « Quid si (secundus » emptor) minoris emit?... Res est admodum dubia.... forte dici » posset (primo emptori) restituendum esse quod posterior » emptor supra pretium à se numeratum recepit à consanguineo, » sicut (primus emptor) è diverso restituere teneretur quod su- » pra idem pretium recepisset à secundo emptore re evictâ et » retractâ.... Bartholus : si.... res esset simpliciter vendita, tunc » non transit nisi jure reale : *nam jura quæ competunt personæ* » *non transeunt nisi cedantur*.... Baldus dicit Petri opinionem » esse veriorem (scilicet primum pretium esse restituendum et » ita *secundo emptori in quem primus totum jus suum transtulit*) » quia hoc jus retentionis, ut scilicet secundus emptor possit » rem retinere, donec restituatur pretium, sapit defensionem. » *Jus autem defensionis transit in singularem successorem sine* » *ulla cessione.* » Nous avons rapporté ces passages, parce qu'on y trouve nettement indiqués les éléments de la discussion.

32. L'acheteur meurt laissant un légataire de ses meubles et un légataire de ses immeubles. Le retrait est ensuite exercé. Auquel de ces deux légataires le prix remboursé par le retrayant reviendra-t-il? Suivant nous, c'est au légataire des meubles.— L'acheteur se marie sous le régime de la communauté légale. Puis le retrait s'exerce. Le prix remboursé tombera-t-il dans la communauté, ou sera-t-il propre, comme si la chose achetée et retirée eût été propre à l'époux acheteur? — Le prix tombera dans la communauté comme une valeur mobilière. Nous trouvons encore sur ce point Tiraqueau et Pothier en contradiction. Nous croyons encore cette fois que l'opinion de Tiraqueau est préférable.

33. Le retrait opère un effet rétroactif, dépouille l'acheteur de la propriété qu'il avait paru acquérir. L'argent que l'acheteur évincé reçoit n'est pas le prix d'un immeuble qu'il vend, ne représente pas dans sa fortune un immeuble qu'il a eu et qu'il

Digitized by Google

aliène; c'est la restitution d'une somme par lui payée sans cause. Il récupère ce qu'il a payé, parce qu'il est réputé n'avoir pas acheté, parce qu'il est réputé n'avoir pas dû de prix. La somme qu'il recouvre représente les deniers qu'il a mal à propos déboursés. C'est donc une valeur mobilière par son origine et sa cause.

34. Pothier, n° 423, combat cette opinion par les raisons suivantes : « Quoiqu'il soit vrai de dire que le retrayant est » censé avoir acheté l'héritage directement du vendeur, on ne » peut pas pour cela dire que l'héritage soit passé de la per- » sonne du vendeur directement en celle du retrayant. *C'est* » *comme dans la matière des substitutions* : quoique le substitué » soit censé tenir directement du testateur les biens substitués, » néanmoins ces biens ne passent pas directement de la per- » sonne du tuteur en celle du substitué; ils n'y passent que par » le canal du grevé, qui en demeure le propriétaire jusqu'à » l'ouverture de la substitution. Pareillement, quoique le re- » trayant soit censé acheter l'héritage directement du vendeur » en celle du retrayant, il ne passe au retrayant que par le » canal de l'acheteur sur qui il a exercé le retrait : *jusqu'au* » *retrait, cet acheteur en est véritablement propriétaire;* et par » conséquent, lorsqu'il meurt avant qu'on l'ait exercé sur lui, » il le laisse dans sa succession à son héritier aux acquêts im- » meubles. *L'héritier aux meubles ne peut pas prétendre avoir* » *succédé à la créance* contre le retrayant, pour le rembourse- » ment du prix et des loyaux coûts; car l'acheteur n'a pu en » mourant transmettre à cet héritier *une créance qu'il n'avait* » *point, et même qui n'existait pas encore.* Ce n'est que par le » retrait que se forme cette créance; ce n'est qu'en exerçant le » retrait que le retrayant contracte l'obligation de rembourser » le prix et les loyaux coûts de l'acquisition, et c'est envers » celui sur qui il exerce le retrait qu'il la contracte : d'où il suit » que lorsque le retrait n'est exercé que depuis la mort de » l'acheteur, le retrait n'ayant pas été, en ce cas, exercé sur » l'acheteur, *c'est envers cet héritier aux immeubles que la dette* » du remboursement du prix et des loyaux coûts *est contractée,* » et qu'elle ne l'a point été envers le défunt acheteur, qui n'a pu » par conséquent la transmettre à son héritier aux meubles. »

35. Reprenons chacune de ces raisons et tâchons de les réfuter. 1° « L'acheteur a été propriétaire jusqu'au moment du retrait? » Propriétaire sous condition résolutoire, oui; mais la condition

Digitized by Google

s'étant accomplie, il ne l'est plus, *il ne l'a jamais été*. Il n'a donc jamais eu de valeur immobilière dans son patrimoine.

36. 2° L'analogie tirée des substitutions n'est pas exacte. Le grevé a une propriété *plutôt indisponible que résoluble*. Entre le disposant, qui est mort, et le substitué, qui n'est peut-être pas encore né, il faut que la propriété repose sur la tête de quelqu'un ; ce doit être sur la tête du grevé, et nul autre ne pourra être considéré comme ayant été propriétaire à sa place. C'est pour cela qu'il est élémentaire que la substitution renferme une double transmission. Le substitué acquiert du grevé ; il ne peut pas acquérir du disposant qui a cessé d'être propriétaire un certain temps avant que le substitué fût capable d'acquérir. Aussi le droit de mutation que doit le substitué se règle d'après le rapport de parenté qui existe entre le grevé et le substitué. Quelle similitude y a-t-il entre cette hypothèse et celle du retrait, où il est de principe qu'il n'y a qu'une seule mutation de propriété, où l'acheteur est propriétaire sous condition résolutoire, où le retrayant est très-capable d'acquérir du vendeur lui-même ?

37. Si l'on veut se guider sur une analogie, on en trouvera une assez parfaite dans l'hypothèse d'une acquisition de la chose d'autrui. J'ai acheté *à non domino* un immeuble ; je me marie sous le régime de la communauté ; puis un tiers revendique l'immeuble et s'en fait reconnaître propriétaire. J'ai droit à la restitution du prix que j'ai payé pour une cause dont l'apparence s'est évanouie. L'argent restitué n'est-il pas un meuble qui accroîtra la communauté ? Ce n'est pas le prix, la représentation d'un immeuble dont je n'ai jamais eu la propriété.

38. 3° « L'héritier ou légataire des meubles n'a pu recueillir » une créance mobilière qui n'existait pas au moment de l'ou- » verture de la succession ; c'est le retrait qui l'a fait naître. » Le retrait n'est qu'une condition à l'arrivée de laquelle la créance de la restitution du prix était, dès le principe de la vente, subordonnée. Une créance conditionnelle est un bien parfaitement réel et transmissible. Le retrayant contracte l'obligation de rembourser le prix, non pas, comme le dit Pothier, envers celui entre les mains de qui il trouve la chose, mais envers celui qui a indûment payé, ou son représentant. Le représentant de l'acheteur est, dans notre espèce, pour un droit mobilier le légataire des meubles.

39. On est disposé à confondre deux cas bien différents :

Digitized by Google

celui qui est appelé à succéder à un immeuble succède en général à la créance du prix de cet immeuble, ou à l'action en reprise, rescision ou révocation de l'aliénation qui en aurait été faite ; ce sont des valeurs qui se remplacent. Mais, au contraire, celui qui aurait succédé à un immeuble ne succède pas à l'indemnité due en cas de perte ou d'éviction de cet immeuble, ni aux deniers qui reviennent au disposant ou à ses représentants, parce que l'acquisition de l'immeuble est rescindée ou résolue.

40. Nous terminons ici cet examen, laissant de côté une foule de questions prévues par nos anciens auteurs et qui s'élèvent dans notre pratique actuelle des retraits. Cette étude nous a persuadé plus que jamais de l'avantage qu'on trouve à remonter, au delà de Pothier, aux auteurs qui avaient élaboré la science du droit avant que Pothier en fît un exposé d'ailleurs si lumineux. J.-E. LABBÉ.

DE L'INDIVISIBILITÉ ET DE LA DIVISIBILITÉ DES BIENS RURAUX EN ALLEMAGNE.

MÉMOIRE SUR LE DROIT DE SUCCESSION, *par le docteur* R.-H. RAU, *professeur à Heidelberg* [1].

Traduit de l'allemand par M. Amédée LEFÈVRE-PONTALIS.

Quels sont les avantages, quels sont les inconvénients de l'indivisibilité des biens ruraux, de cette disposition qui interdit aux propriétaires de les morceler par des aliénations partielles ? C'est une question qui ne cesse de partager les opinions en Allemagne, et sur laquelle les lois des différents États sont tout à fait en désaccord. En général, au nord de l'Allemagne, on préfère l'indivisibilité ; au sud et surtout dans les pays voisins du Rhin, la liberté du partage. Les partisans de ce dernier système peuvent sans doute alléguer beaucoup de cas où le morcellement d'un bien offre des avantages, augmente le revenu du sol, fait dépenser pour la culture de la terre plus de zèle, de

[1] Nous avons dû la communication de ce mémoire inédit de M. Rau à la bienveillance de M. de Parieu, qui en a reçu le manuscrit du savant professeur d'Heidelberg, et nous a autorisé à en publier la traduction.
(*Note du traducteur.*)

Digitized by Google

travail et d'argent, sans inconvénient pour personne. Dans les pays où le cultivateur est assez intelligent, on peut sans hésitation lui permettre de gouverner la surface qui lui convient : nul ne peut, aussi bien que lui-même, apprécier ce qu'il lui faut pour pourvoir à sa propre subsistance. Dans certains cas, au contraire, il est incontestable que les partages ont passé les bornes fixées par la raison et le bon sens ; les propriétés amoindries ne suffisent plus à nourrir une famille, et les paysans tomberaient dans la misère s'ils venaient à manquer de ressources accessoires comme le travail à la journée. Voilà pourquoi beaucoup de personnes considèrent l'indivisibilité légale comme nécessaire pour la conservation du bien-être dans les campagnes. Cependant les adversaires de la libre division devraient convenir que le morcellement est sans inconvénient tant que l'agriculture fait des progrès, tant que l'art, les soins et la dépense augmentent, et qu'une petite surface donne autant de produits, avec la même somme de travail et d'engrais, qu'auparavant une surface plus étendue. Mais dès que les progrès de l'agriculture s'arrêtent, on doit nécessairement trouver la limite au delà de laquelle le morceau de terre devient insuffisant à occuper et à nourrir son propriétaire. En cherchant jusqu'où peut aller le morcellement de la propriété foncière sans nuire à l'économie rurale, on devra distinguer deux espèces de limites ou de *minimum*. — 1° Il y a un *minimum de travail*, c'est-à-dire une surface qui peut être bien cultivée par une famille donnée, composée, par exemple, de trois membres capables de travailler. Ce *minimum* dépend évidemment de diverses circonstances naturelles ou relatives à l'état de la science agricole. Pour la culture des plantes potagères dans un bon terrain, un hectare et demi environ peut occuper une famille ; pour la culture des denrées telles que le tabac, le lin, la betterave, etc., il faut à peu près trois hectares et demi, et il en faut peut-être six pour la simple culture des engrais et des fermages. — 2° Il y a un *minimum de besoins*, c'est-à-dire qu'il y a une surface sur laquelle une famille peut vivre sans s'endetter en dépensant tout le revenu de la terre pour ses besoins ; elle n'y trouve pas tout à fait de quoi s'occuper et ne rend point, par conséquent, à la production tous les services qu'elle pourrait. Il ne serait pas bon, à coup sûr, que tous les biens, ni même que la majorité des biens fussent réduits à ce minimum. On doit bien plutôt dé-

Digitized by Google

sirer qu'il existe toujours de grandes et de moyennes propriétés; car elles peuvent être administrées par des cultivateurs habiles et aisés, et il y a plus de chances pour qu'on leur applique les progrès de l'art agricole, et qu'elles servent de modèles. Si un bien est réduit au minimum de travail, on ne peut pas y entretenir d'animaux de trait : il faut se contenter des vaches ou labourer la terre à la bêche. Il ne faudrait pas que l'un ou l'autre de ces minimums devînt général : il est bien plus favorable à l'agriculture qu'une partie considérable du territoire soit encore labourée à l'aide de chevaux ou de bœufs, et que les propriétés suffisent à occuper au moins une paire d'animaux de trait, ce qui suppose, suivant les circonstances, une surface de dix à dix-huit hectares. Il serait d'ailleurs instructif de rechercher dans chaque pays le chiffre de ces deux sortes de minimum[1].

L'indivisibilité ou prohibition du partage des biens ruraux est fort ancienne. Elle remonte à l'époque où l'on se mit à partager la terre, demeurée jusque-là indivise entre les membres de la commune, et où chacun d'eux obtint un lot à peu près égal, tandis que les pâturages et les forêts demeurèrent encore indivis. — La commune ne permettait pas volontiers que les parts se morcelassent, que le nombre des propriétaires s'augmentât, et que le danger de l'appauvrissement se fît sentir.

Sous le régime féodal, le paysan ne devait pas morceler son bien sans la permission du seigneur; et celui-ci lui en accordait difficilement l'autorisation, parce qu'il lui était moins commode d'avoir à faire à plusieurs tenanciers qu'à un seul et parce qu'il craignait que les paysans n'eussent plus de quoi vivre aisément sur de petites propriétés, ce qui aurait compromis le payement de leurs redevances. Il n'était pas besoin de loi : les droits seigneuriaux pourvoyaient d'eux-mêmes au maintien de l'indivision. Si par extraordinaire le seigneur autorisait un partage, il fallait d'abord que les redevances des paysans fussent assises sur chaque morceau. Pour preuve que ce fait s'est souvent produit, il suffit de voir combien de propriétés ont été réduites à la moitié, au quart et ainsi de suite.

Sur les biens entièrement libres, cette prohibition du morcellement ne s'établit pas naturellement, mais seulement avec le

[1] Ces questions sont plus longuement développées dans l'opuscule de M. Rau sur le minimum d'étendue des biens ruraux (*über den Kleinsten umfang eines bauerngutes*). Heidelberg, 1850.

Digitized by Google

temps; quand vers la fin du moyen âge la féodalité fut devenue plus puissante, et qu'il se fit une foule d'ordonnances de police, les gouvernements aussi commencèrent à entraver les partages. Dans beaucoup de pays, ce fait se produisit au XVIe siècle. Il fallait, à chaque occasion nouvelle, demander la permission de l'administration qui devait examiner si le bien morcelé suffirait encore à la subsistance des paysans.

Il y eut en Allemagne des pays où la disposition de la propriété foncière resta tout à fait libre. Ce furent principalement les contrées marécageuses à l'embouchure de l'Elbe, du Weser et de l'Ems, c'est-à-dire les terres basses, humides et extrêmement fertiles des rivages, où l'abondance de l'herbe favorise l'élevage des bestiaux, ainsi que quelques autres districts du royaume actuel du Hanovre, sans parler des fonds urbains.

Dans les dix premières années du XIXe siècle, l'indivisibilité fut abolie dans beaucoup de pays. Ce fut dans le duché de Bade (où le Code Napoléon fut introduit), et dans d'autres États, une conséquence du système français. Dans les États Prussiens, ce fut l'œuvre des économistes, dont les enseignements firent reconnaître que la liberté de vendre ou d'acheter des morceaux de terre contribuait à améliorer l'agriculture, en faisant passer la terre aux mains capables d'en tirer le plus grand revenu possible. Pareille chose eut lieu dans le Würtemberg, dans le grand-duché de Hesse (en 1811), et dans d'autres contrées. Mais ici comme toujours le développement de la liberté exige un certain degré d'éducation, et une certaine aptitude à se diriger soi-même. L'inexpérience de la liberté fit que de côté et d'autre on divisa sans intelligence, et la population s'accrut trop rapidement. Maints possesseurs de petites parcelles de terre crurent qu'ils pourraient gagner de l'argent en travaillant à la journée, par exemple en battant le grain, en cassant des pierres, en coupant le bois, etc. Mais les offres de travail à la journée devinrent trop nombreuses, et en même temps, comme le nombre des grandes propriétés diminuait, on eut besoin de moins de journaliers. Il aurait fallu faire remarquer spécialement cette circonstance aux paysans et la soumettre à leurs réflexions : les sociétés agricoles auraient pu le faire avec succès.

L'indivisibilité n'est point compatible avec l'égalité des droits héréditaires; car on comprend facilement que l'héritier qui prend le bien fonds pour sa valeur réelle, et qui doit en tenir

Digitized by Google

compte à ses frères et sœurs, s'endetterait promptement quand le père de famille n'aurait point laissé une fortune mobilière considérable. Pour remédier à cet inconvénient, l'héritier cherche à épouser une femme riche; et encore dans beaucoup de contrées ne trouve-t-on d'habitude chez les paysans que trois ou même deux enfants. Mais ordinairement pour prévenir l'endettement de l'héritier, on l'avantage sur la succession. Partout où l'indivisibilité s'est maintenue, on a conservé l'inégalité des droits héréditaires. Les parents abandonnent communément leur bien pendant leur vie moyennant une rente viagère qui souvent reste bien au-dessous de la valeur vénale probable. Les frères et sœurs se laissent faire ce préjudice par respect filial, et parce qu'on leur a inspiré dès l'enfance l'amour de la conservation du patrimoine sur lequel ils pourraient toujours trouver, en cas de besoin, refuge et appui.

Dans les États prussiens, la loi laisse la liberté de diviser la terre. Le gouvernement était disposé, il y a quelques années, à y mettre des bornes; les États ne s'y prêtèrent point. Mais dans beaucoup de contrées l'indivisibilité s'est maintenue par tradition avec l'inégalité des droits de succession; dans la Westphalie, par exemple, où il reste beaucoup de traces des anciens usages, et où les grandes propriétés sont très-estimées, et aussi dans quelques districts de la rive gauche du Rhin (Prusse Rhénane). Dans les montagnes de l'Eifel (au nord de la Moselle), le fils aîné reçoit le domaine, et l'apanage de ses frères et sœurs se compose seulement d'environ 4 thalers par *morgen*, ou 60 fr. par hectare. Le célèbre agronome Schwerz, qui fait mention de ces *biens-souches* (stockgüter) de l'Eifel, remarque que les cultivateurs de cette contrée sont très-indolents. Dans le pays de Clèves, si connu pour ses abondants pâturages, les biens sont aussi pour la plupart indivis.

Dans le royaume de Hanovre, l'indivisibilité est généralement restée écrite dans la loi. On la regarde comme une condition indispensable au bien-être des paysans, sans réfléchir que les progrès de l'art agricole permettent une division graduelle de la surface arable, et que, par suite de l'accroissement de la population, une quantité de familles, privées de terres, sont condamnées à vivre dans la misère. Dans la province d'Hildesheim, on compte, pour 9,500 familles de cultivateurs, 15,600 familles de simples journaliers et propriétaires de petits morceaux de terre,

Digitized by Google

et ces 15,600 familles ne possèdent que 670 vaches et 11,800 chèvres. Ici se manifeste un des inconvénients de la petite propriété : c'est qu'on y élève trop peu de bétail, ce qui n'arrive point par exemple parmi les petits propriétaires des bords du Rhin. L'inconvénient est déjà moindre dans la province hanovrienne d'Osnabrück, parce que, sur une population de 17,310 fermiers (*heuerleuten*), chaque famille possède en moyenne 4 morgen 1/2 (1/3 d'hectare) de terre labourable, et 22 ares de prairies; et que sur deux familles il y a trois têtes de bétail. La province de Gœttingen et de Grubenhagen jouit depuis longtemps de la libre division : on doit dans ce pays élever trop de bêtes de trait, parce que les biens, quoique trop petits, ne sont point labourés par des vaches; au contraire le nombre des vaches laitières est trop limité, et l'on se plaint de la pauvreté dans cette contrée.

Il faut remarquer que l'on n'use point partout de la liberté de diviser la terre. Dans la Frise orientale, il n'arrive presque jamais qu'on morcelle un domaine, quoique le besoin s'en fasse sentir. La permission de diviser n'a pas eu non plus d'inconvénients dans les contrées marécageuses entre le Wéser et l'Elbe, parce que l'on sait bien, dans ces pays de fertiles pâturages, que la petite propriété est moins favorable à l'élevage en grand du bétail. Le gouvernement de Hanovre a rendu en 1823 une loi pour le comté de Lingen, afin de mettre obstacle au morcellement. Cette loi fixe le minimum, au-dessous duquel un grand domaine ne peut plus être partagé, à 40 mesures de Kalenberg, en Hanovre (10 hectares), apparemment parce que cette surface est nécessaire pour occuper une paire d'animaux de trait. Le juge est chargé d'estimer ce que l'héritier, qui est le fils aîné, doit donner en apanage à ses frères et sœurs. Si la fortune libre (composée de tout ce qui est indépendant du domaine, y compris le bétail, les outils, les provisions de semence, etc.) égale au moins un tiers de la valeur du domaine, elle forme l'apanage des cadets; c'est-à-dire que le fils aîné reçoit le domaine sans charge particulière, et que ses frères et sœurs prennent leurs parts dans la fortune libre, de manière à avoir ensemble un quart de l'héritage paternel, quand la fortune libre égale seulement un tiers de la valeur du bien-fonds. Est-elle inférieure, l'apanage dû par l'héritier de la terre ne doit pas dépasser le cinquième de la valeur du bien-fonds.

Digitized by Google

(Il faut se rappeler, en traitant de l'état agricole du N.-O. de l'Allemagne, et surtout de la Westphalie, qui appartient en partie à la Prusse, en partie au Hanovre, que dans ces pays, des champs en grand nombre appartenant à des paysans sont disséminés au milieu des grands domaines, ce qui excite vivement chaque propriétaire à réunir, autant que possible, à leurs biens les terres qui en dépendent. En outre, par la remise des charges seigneuriales, qui est presque entièrement accomplie en Prusse, et qui s'opère aussi en Hanovre, on parvient de toutes parts à rassembler en un seul tout, ou du moins en plusieurs grandes masses, les biens de chaque propriétaire. Cette transformation, qui s'entreprend au moyen d'échanges volontaires après mesure et estimation de tous les morceaux de terre d'un district, élève le prix de la propriété foncière, parce qu'elle en rend l'administration moins coûteuse et qu'elle facilite toutes sortes d'améliorations, telles que le drainage. On l'entreprend aussi, sur une grande échelle, dans le royaume de Saxe et de Nassau, où elle produit les meilleurs effets. L'État ne pourrait pas l'ordonner, mais il la favorise.)

Dans l'Oldenbourg, pays de plaines, les lois ont maintenu l'indivisibilité. On y trouve partout de riches paysans qui sont en état de se procurer, à eux-mêmes et à leurs familles, toutes les jouissances d'une éducation distinguée. La population du grand duché d'Oldenbourg est seulement de 804 hommes par lieue carrée (la lieue est de 4,444 mètres). C'est un pays où l'agriculture est très-florissante.

Au centre de l'Allemagne, entre la Prusse et la Bavière, se trouvent les pays de Thuringe, soumis pour la plupart aux princes de la maison de Saxe, Saxe-Weimar, Saxe-Altenbourg, Saxe-Meiningen, Saxe-Gotha et Cobourg. L'indivisibilité s'y est maintenue. Le pays d'Altenbourg est renommé pour son agriculture supérieure et pour le bien-être de ses paysans; plusieurs auteurs ont pris pour tâche d'en décrire l'état agricole : Schmalz, Kresse, Lœwe, etc. On assure, dans une statistique officielle, que le partage d'un bien-fonds entre les héritiers d'un paysan arrive à peine une fois par hasard, mais que plutôt on sépare quelquefois un morceau d'un grand domaine. Le plus jeune fils reçoit la terre, les aînés travaillent chez lui, s'ils ne trouvent point à s'établir ailleurs par un mariage. On cite des exemples où l'on estime la terre plus de moitié au-dessous de sa

Digitized by Google

valeur réelle, en faveur de l'héritier, sans que ses frères et sœurs fassent aucune réclamation.

(Lorsque les biens doivent rester indivis, il est généralement d'usage que le père se retire de lui-même et stipule de son héritier une rente viagère en produits naturels et en revenus : Altenheil (part de vieillard), Leibzucht, Leibgedinge (réserve viagère), Auszug (pension), suivant le langage des différents pays. Il n'est pas rare que ce fait se produise quand le père est encore en pleine vigueur. Le même bien devra donc nourrir deux familles, et l'on comprend que l'apanage dû par l'héritier à ses frères et sœurs sera estimé d'autant plus bas que cette *pension* sera plus élevée. La chance moyenne de durée de la vie d'un père, au moment où il cède sa terre, est-elle encore de treize ans; la valeur actuelle (à 4 p. 0/0) d'une rente de treize ans est décuple; et, par conséquent, une rente viagère de 400 florins doit être évaluée 4,000 florins. Le bien a-t-il une valeur de 18,000 florins, retranchez ces 4,000 florins, reste 14,000 florins, et il arrive bien souvent qu'en pareil cas l'estimation du père porte seulement 8,000 florins. Soient quatre enfants : l'héritier devra payer en tout à ses trois frères et sœurs 6,000 florins, et il sera en fait avantagé de 6,000 florins. — Si les enfants étaient également traités, chacun d'eux devrait recevoir 3,500 florins, et l'héritier, par conséquent, devrait payer trois fois cette somme, soit 10,500 florins; et même, s'il n'avait point à servir une rente viagère, 13,500 florins. Mais comme les lois de la durée probable de la vie ne sont guère connues des paysans, on ne sait pas à quel chiffre il faut évaluer la rente viagère, et l'on ne voit pas très-clairement d'ordinaire à quelles conditions se fait le partage.)

Dans le royaume de Saxe, la loi de 1833 ne permet de séparer qu'un tiers de chaque bien compacte.

Dans la Bavière et le Würtemberg la loi n'a établi aucune prohibition de partage ni de morcellement; mais dans ces deux États, le gouvernement s'est vu forcé d'agir contre une sorte de spéculation dont on fait métier, et qui consiste à acheter de grands domaines en entier à un prix modéré, pour les revendre ensuite en détail avec bénéfice : ce qui fait souvent détruire les bâtiments, comme il arrive en France avec la *bande noire*. Cette spéculation assure à l'entrepreneur du morcellement un profit qu'il vaudrait mieux sans doute procurer à l'ancien pro-

Digitized by Google

priétaire; et d'ailleurs le spéculateur ne s'inquiète point de savoir si les morceaux qu'il a ainsi divisés peuvent suffire à l'entretien d'une famille. Dans le Würtemberg, les agents de l'administration sont engagés, par une ordonnance de 1841, à avertir les populations des campagnes de se tenir en garde contre les artifices de ces marchands de terres; en Bavière, une loi de 1852 interdit, même sous certaines peines, la spéculation d'acheter et de morceler les biens. Loi pénale plus facile à justifier qu'à faire réussir! On a fait une comparaison assez originale de ce métier avec celui du boucher qui achète des animaux pour les tuer et les morceler, d'où est née, dans le langage populaire, l'expression usuelle de hofmetzger, hofschlachter (boucher du domaine). Ce genre de spéculation est fort contrarié dans le duché de Bade par les lois sur les contributions : on perçoit, sur la vente de chaque immeuble, un impôt analogue à l'enregistrement français; et, par conséquent, si les acheteurs veulent revendre un à un les morceaux d'une grande propriété, l'impôt doit être payé deux fois. Dans le duché de Bade, où l'aliénation de la propriété foncière est généralement libre, on a cependant pris une mesure relative aux *domaines compactes*, c'est-à-dire aux domaines dont toutes les portions sont contiguës, et composent un tout parfaitement uni. Ces sortes de domaines se rencontrent surtout très-fréquemment dans les montagnes, où l'on compte un grand nombre d'établissements isolés; car il y a si peu de terres labourables, tant dans les vallées que sur les côteaux et les sommets, que, si l'on se groupait dans des villages, il faudrait parcourir un trop long chemin pour gagner les champs. C'est pour cela qu'on trouve dans la Forêt-Noire tant de domaines isolés, environnés de vergers, qui ajoutent beaucoup au charme pittoresque de ces romantiques vallées. Au dessous de la ferme, à la base de la vallée, s'étendent les prairies; à la hauteur et au-dessus des bâtiments, les terres labourables; au-dessus encore, les saules; enfin le sommet est occupé par les bois. Un pareil ensemble offre, au premier coup d'œil, l'aspect d'un domaine complet, et les cultivateurs ont une aversion naturelle pour les morceler; cependant on pourrait, avec avantage, aliéner certains morceaux séparés du domaine principal par quelque limite naturelle, tellé que le lit d'un ruisseau, etc. — On pourrait même morceler ou diviser, au moins en deux parties, un grand nom-

Digitized by Google

bre de domaines, et l'on activerait ainsi les progrès de la culture; car on ne saurait méconnaître qu'une quantité de grands propriétaires sont trop indolents et indifférents à l'endroit des améliorations. Cependant les partages ne pourraient, dans cette contrée, être poussés aussi loin que dans les pays de plaines et de simples collines, sans qu'il s'ensuivît de graves inconvénients. Pour le transport des bois, on a besoin de forts animaux de trait. Il serait difficile d'établir, sur les pentes escarpées, la quantité de routes nécessaires, si les champs supérieurs étaient en d'autres mains que les inférieurs, et s'il fallait acheter aux possesseurs de ces derniers le droit de passage pour gagner les fonds supérieurs. Les pâturages s'exploitent à meilleur marché, quand on peut confier un plus grand nombre de bestiaux à un seul gardien. — Le débit des produits se fait au loin, ce qui empêcherait les petits paysans de pourvoir à leur subsistance, malgré les progrès de l'agriculture; et les climats froids sont défavorables à la production d'une quantité de denrées, de plantes potagères, etc. — Toutes ces circonstances font conseiller la conservation des biens d'une certaine grandeur; dans les pays où l'on a négligé cette règle de sagesse, telles que certaines contrées de la forêt d'Oden, dans les États de Hesse et de Bade, la misère en est la conséquence.

La loi badoise permet de diviser un bien, pourvu qu'il soit suffisant pour plusieurs familles, et muni des bâtiments nécessaires: seulement il faut que l'autorité en donne la permission, après examen. Sous le régime féodal, il fallait demander la permission du seigneur; c'était encore un obstacle au morcellement, qui est tombé en déchéance avec les charges seigneuriales.

La loi de 1808 contient une disposition digne de remarque: si, dans un endroit donné, l'un des enfants a possédé depuis trente ans le fonds héréditaire sans interruption et sans partage, sur une estimation inférieure à la valeur réelle, et si la majorité des voix dans la commune se prononce pour le maintien de sa possession, elle doit être confirmée par l'administration du cercle (*Kreisregierung*, sorte de conseil de préfecture). En pareil cas, la coutume accorde la préférence au plus jeune fils, ou, à défaut de fils, à la fille aînée. Si le père n'a fait aucune disposition, la valeur du bien est estimée par des experts assermentés, avec une réduction d'un dixième, et même d'un huitième dans les pays montagneux, en faveur de l'héritier de la

Digitized by Google

terre ; ces fractions expriment donc le degré de faveur, l'avantage accordé à l'enfant privilégié. Il est permis au père de réduire ainsi l'estimation de son bien, en faveur d'un de ses enfants, jusqu'aux trois quarts de la valeur vénale : c'est sans doute pour atténuer l'effet de la loi qui laisse seulement au père de plusieurs enfants la libre disposition d'un quart de sa fortune. Ce droit de préférence s'appelle *Vortheilsgerechtsgkeit :* celui à qui il appartient se nomme l'héritier privilégié, *Vortheilserbe.* Cette coutume s'est conservée dans un grand nombre de communes de la Forêt-Noire, et l'on pourrait découvrir beaucoup de cas où l'avantage a dépassé la limite permise par la loi. De grands domaines ont souvent été cédés pour la moitié, 45 p. 100 ou moins encore ; de leur valeur vénale, sans que la rente viagère du père fût assez importante pour justifier cette réduction. Prenons un exemple : un domaine vaut 30,000 florins. L'estimation est de 12,000 florins, tandis que, suivant la loi, l'estimation ne pouvait descendre au-dessous des trois quarts de 30,000 fl., c'est-à-dire 22,500 florins. L'estimation est relativement d'autant moins élevée que le domaine a plus d'étendue, et la fortune mobilière plus d'importance. Un des plus grands domaines des environs de Schappach fut vendu en 1832 à une personne étrangère, moyennant la somme de 150,000 florins ; il avait été livré au fils pour 60,000 florins, environ 40 p. 100. L'acheteur fit faire des coupes de bois pendant six ans sur cette propriété et en tira environ 80,000 florins, après quoi il revendit la propriété au même prix de 150,000 florins : elle avait donc été vendue la première fois trop bon marché. On a remarqué que depuis quelque temps les frères et sœurs se montrent moins tolérants, et que par conséquent les estimations s'éloignent moins de la valeur réelle. Une grande partie de la surface de ces vastes propriétés est couverte de saules, de taillis mal venus, souvent seulement de fougères et de genêts. Ces terres sont évidemment susceptibles d'une meilleure culture, soit qu'on les laboure, soit qu'on les replante de bons bois. Mais les propriétaires sont trop riches et trop indolents pour se donner tant de peine ; au moins de telles améliorations sont-elles rares.

Il en est de même dans la forêt d'Oden, surtout dans la partie qui dépend du grand-duché de Hesse : seulement dans cette contrée les propriétés sont en général plus petites, et à cause du climat qui est moins rude (ce pays est moins élevé au-dessus

Digitized by Google

du niveau de la mer), la terre se trouve en meilleur état, et est cultivée avec plus d'activité. Prenons encore des exemples :

Le fonds A a été cédé en 1844 moyennant une somme de 1000 florins, et une rente viagère de 200 florins au plus ; le père était âgé de 65 ans. Estimons la valeur de la rente viagère à 15 ou 1,600 fl., l'estimation totale sera de 2,500 à 2,600 flor., tandis que la valeur de 30 à 35 *morgen* de terres labourables et prés est d'environ 6,000 florins.

Le fonds B, estimé 5 ou 6000 florins, revendu plus tard 18,000 florins.

Le fonds C fut cédé à un fils en 1837 moyennant une somme de 6,000 florins, et une rente viagère d'environ 400 flor.; le père avait 46 ans, le fils 20 ans ; la valeur de la rente viagère ($\times 13\frac{1}{4}$) était de 5,360 florins. En 1838 le propriétaire refusa du même domaine 35,000 florins. Quel était le prix, au moment de sa prise de possession? $6,000 + 5,360 = 11,360$ florins.

Fonds D, 132 *morgen* de Hesse ; estimation 6000 florins. L'héritier avait deux sœurs, et ne devait donc leur tenir compte que de 4,000 florins. Bientôt après on en offrit 12,000 florins.

Fonds E. Dans un autre village, les paysans disent qu'un fonds d'une valeur de 20 à 25,000 florins est communément cédé au fils pour 8 à 10,000 florins, et une rente viagère de 400 florins environ. Estimons à 5,000 florins la valeur de cette rente viagère ; l'estimation est, au moment de la prise de possession, de 13 à 15,000 florins ou 65 à 60 p. 100 de la valeur réelle.

Quand on descend des montagnes dans les plaines, on trouve l'égalité du partage héréditaire entre tous les enfants. Les habitants des montagnes paraissent sentir que chez eux une famille a besoin d'une étendue de terre très-considérable, parce que leurs biens sont moins favorisés de la nature, plus éloignés des grandes villes, et moins abordables à cause des chemins montueux, de sorte que, dans ces contrées, il est difficile de faire faire des progrès à l'agriculture. D'ailleurs, dans les montagnes mêmes, quand on arrive auprès de quelque grand village où les habitations sont rapprochées les unes des autres, on trouve déjà la terre plus divisée que dans les domaines isolés et près des petits groupes d'habitations.

Dans les contrées où la population s'accroît rapidement, le bien-être d'un village est dans tous les cas menacé. Adopte-t-on l'égalité du partage, la terre se divise et se morcelle entre tous

Digitized by Google

ceux qui composent une seule génération, et comme les progrès de l'agriculture ne sont pas aussi rapides, les revenus de chaque famille sont moindres. Ne partage-t-on point, les frères et sœurs de l'héritier en sont victimes, le nombre des journaliers s'augmente, et l'on ne trouve point sur les grands domaines de quoi occuper cette foule d'ouvriers.

D'ailleurs, quels que soient, d'après les principes des économistes, les avantages généraux attachés à la libre disposition de la propriété foncière, on ne peut cependant, sans quelques scrupules, recommander la destruction soudaine des obstacles qui s'y opposent depuis des siècles; surtout quand on ne peut point supposer aux paysans assez d'intelligence et d'aptitude à se diriger eux-mêmes, pour se préserver des excès du morcellement. Peut-être vaudrait-il mieux que les cultivateurs les plus anciens et les plus intelligents de chaque pays fussent appelés à donner leur avis sur ces matières. R.-H. RAU.

Traduction de M. LEFÈVRE-PONTALIS.

DE LA TRANSCRIPTION EN MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE
D'APRÈS LES LOIS ALLEMANDES.

Par M. BERGSON, docteur en droit.

1. Le projet de loi sur la transcription, voté dernièrement par le Corps législatif, est appelé à remplir dans le Code l'importante lacune, qu'avec un éminent jurisconsulte on doit considérer comme le résultat d'un malentendu. Ce projet contient-il le dernier mot du législateur sur le problème si ardu de la réforme hypothécaire? Devra-t-il constituer définitivement le crédit foncier? Le remède sera-t-il assez efficace pour guérir tous les maux dont depuis quarante ans la propriété se plaint en France? L'expérience des pays voisins ne saurait être dédaignée dans l'examen de ces questions. Elle offre à l'observateur attentif de nombreux points de rapprochement. N'oublions pas que toutes ces contrées que régissait naguère notre législation civile se sont, sans exception, affranchies des principes sur lesquels repose encore notre système hypothécaire. En Hollande, dans les pro-

Digitized by Google

vinces rhénanes, en Pologne, en Sardaigne, dans la Lombardie, à Naples, à Genève, récemment en Belgique, dans tous ces pays où jusqu'à ce jour on a respecté religieusement l'œuvre du Code Napoléon, on n'a pas hésité pourtant à en corriger la partie la plus défectueuse et à combler la lacune signalée. Dans les Codes de Louisiane, de Bolivie, de Grèce et de Malte, copies presque littérales du nôtre, la matière des hypothèques a subi des modifications importantes. L'ensemble de ces législations qui ont reconstitué la propriété foncière sur de nouvelles bases forme assurément une autorité fort respectable. A cette autorité on peut ajouter une autre aussi grave, je veux parler du régime foncier d'Allemagne. La France vient d'emprunter à l'Allemagne l'institution du crédit foncier et l'a inaugurée avec éclat. Une expérience, à la vérité encore bien récente, a fait naître des doutes sérieux sur le succès de cet établissement important, aussi longtemps du moins que notre législation ne se sera pas approprié les principes qui en ont assuré le succès en Allemagne. Les principes sur lesquels le crédit foncier repose en Allemagne sont la publicité et la spécialité appliquées sur l'échelle la plus large. La publicité et la spécialité forment les deux corollaires inséparables d'un système dont une longue expérience a constaté la perfection. La loi projetée fait beaucoup pour le principe de la publicité; celui de la spécialité est resté en dehors de ses prévisions. Il doit donc être permis de dire avec plusieurs orateurs du Corps législatif que cette loi est un *premier pas* fait dans la voie du progrès [1], qu'elle ne renferme pas le dernier mot du législateur sur une partie à la vérité importante de notre droit civil. On ne saurait aussi méconnaître les difficultés ardues de sa tâche. Il faut surtout apprécier les obstacles sérieux, majeurs, qu'opposent à la réforme hypothécaire des habitudes créées par la jurisprudence d'un demi-siècle et le respect d'un monument qui porte le nom et le sceau indestructible d'un génie. Des voix éloquentes ont fait entendre ces considérations dans le Corps législatif lors de la discussion du projet de loi, et le projet primitif y a subi des modifications profondes. Tel qu'il est à présent avec son caractère de compromis entre les idées consacrées et les besoins d'une réforme, il réalise encore un bienfait incontestable.

J'essayerai d'analyser le projet dans ses dispositions princi-

[1] V. le *Moniteur* du 15 janvier. Discours de MM. Allart et Duclos.

Digitized by Google

pales; que je rapprocherai des dispositions analogues des lois étrangères. J'indiquerai les modalités diverses sous lesquelles la transcription fonctionne en Allemagne, les combinaisons savantes qui, dans certaines contrées, l'y ont transformée en agent puissant du crédit foncier et en ont réduit le taux normal à un chiffre inconnu chez nous. Cette analyse formera la première section du présent travail. Dans une seconde section, j'aurai à examiner les autres éléments de la réforme hypothécaire qui n'ont pu trouver leur place dans le cadre de la loi votée.

SECTION I.

Analyse du projet de loi.

2. Les observations judicieuses sur le projet de l'année dernière que M. Pont a publiées dans cette *Revue*[1], ont trouvé des interprètes éloquents dans le sein du Corps législatif. Notre analyse vient s'y rattacher naturellement. Elle aura à revenir sur plusieurs points signalés déjà par M. Pont, dont les délibérations récentes ont encore mieux fait ressortir l'importance. Ce sont, on se rappelle, les suivants : les dispositions de l'article 1er qui fixent la nature des actes soumis à la transcription; celle qui admet à la transcription les actes sous seing privé; celles enfin qui déterminent le mode de transcription. Nous allons les examiner dans le même ordre.

3. Les articles 1 et 2 qui soumettent à la nécessité de la transcription les actes et les jugements translatifs, déclaratifs ou constitutifs de propriété immobilière et de droits réels, assujettissent à la même formalité les baux d'une durée de plus de dix-huit ans, ainsi que les actes et jugements constatant quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyer ou fermages non échus. Cette dernière disposition réalise une innovation heureuse qui toutefois n'est qu'apparente. Le Code civil, en restituant aux engagements le caractère exclusivement personnel dont le régime féodal les avait dépouillés par l'immobilisation des hommes et des choses, a rétabli le contrat de bail sur ses vraies bases. Dans sa réaction contre les institutions féodales, il a gardé même le silence sur le bail emphythéotique qui, par sa condition mixte, moitié réelle, moitié personnelle,

[1] V. la *Revue critique*, février 1854.

Digitized by Google

semblait tenir du régime féodal. La transcription du bail à long terme se retrouve en Allemagne sous une autre forme dans les variétés nombreuses de charges réelles abolies par notre Code, dont le bail forme l'élément constitutif. Ainsi la loi hypothécaire de Prusse (art. 109) prescrit l'inscription sur les registres fonciers : 1° des charges et obligations perpétuelles; 2° des modifications de la propriété et de celles de sa libre disposition (fidéicommis, majorats). D'après la loi de Saxe (art. 15), chaque folio sur les registres hypothécaires doit contenir les charges qui grèvent les bien-fonds, notamment les rentes foncières de toute espèce, le droit laudémial, la dîme, les rentes de rachat et les changements qui s'opèrent dans ces redevances et charges. C'est sous un point de vue analogue que la loi projetée a considéré le bail fait pour un certain nombre d'années comme dépréciant d'une manière notable la valeur vénale de l'immeuble affermé. Il restait seulement à fixer la limite où commence la dépréciation. Il fut convenu, lors de la discussion du projet, que la fixation de cette limite offrait toujours quelque chose d'arbitraire. Le projet du gouvernement proposait de fixer la durée du bail à vingt-sept ans. Il fallait, disait l'exposé des motifs, conserver au bail sa liberté, ne pas entraver la liberté des conventions, nuire au secret dont elles ont besoin. La Commission voulait réduire la limite de douze à quinze ans. Le Conseil d'État, par voie de transaction, s'est arrêté au chiffre de dix-huit ans. L'objection présentée par M. Pont n'en subsiste pas moins dans toute sa force. La loi ne considérant en général comme actes d'administration que les baux consentis pour une durée de neuf années, elle avait pour ainsi dire déterminé d'avance la limite où devait commencer la nécessité de la transcription.

Les mêmes objections s'appliquent à la disposition finale de l'art. 2, qui soumet à la nécessité de la transcription les actes et jugements constatant quittance ou cession de sommes équivalentes à trois années de loyer ou fermages non échus. La limite de trois années se prêtera facilement à la fraude et pouvait sans inconvénients sérieux être réduite à une année.

4. Les dispositions de l'art. 1 ont soulevé une autre question qui a été vivement débattue dans le sein de la Commission. C'est celle de savoir si les testaments doivent être soumis à la transcription, lorsqu'ils opèrent des mutations de propriété

Digitized by Google

immobilière. Pour la transcription, on disait : Si les testaments restent occultes, si rien ne révèle au public le droit du légataire, les tiers peuvent être trompés par une vente que leur consent l'héritier apparent que la loi institue publiquement et que le testament déshérite en secret. La revendication du légataire vient alors dépouiller les acquéreurs de bonne foi. Tout immeuble dépendant d'une succession se trouve dès lors soumis à l'incertitude du droit de l'héritier ou du droit du légataire, et comme tous les immeubles passent à leur tour par la filière des successions, la non transcription des testaments laisse subsister un trouble et une obscurité considérables dans l'établissement de la propriété, et une véritable lacune dans la loi. L'objection tirée de ce que le mort saisit le vif et que la propriété ne peut pas, jusqu'à la transcription, rester incertaine, est résolue par l'effet rétroactif qui serait attribué à la transcription comme il l'est au partage. Enfin les difficultés pratiques disparaîtraient en fixant, à partir du décès, un délai dans lequel la transcription devrait avoir lieu, passé lequel elle perdrait ses effets rétroactifs et ne vaudrait contre les tiers que du jour où elle aurait été faite. Cependant la Commission, d'accord avec le projet de loi, a adopté l'opinion contraire, par les motifs suivants : Le légataire n'est pas partie au testament comme l'acquéreur à la vente; la plupart du temps il ne le connaît pas et il peut dépendre de l'héritier de laisser son ignorance se prolonger; il s'écoulera donc nécessairement, à partir du décès, un temps plus ou moins long pendant lequel le légataire sera dans l'impossibilité absolue d'opérer la transcription. Le laissera-t-on pendant ce temps à la merci de l'héritier et autorisera-t-on celui-ci à aliéner valablement les immeubles de la succession et à dépouiller le légataire? S'il était possible de donner au légataire le moyen d'assurer son droit, on pourrait l'assujettir à le faire; mais lui imposer la formalité de transcription, c'est lui imposer une condition qu'il ne dépend pas de lui de remplir. A côté de l'intérêt du légataire se présente celui des testateurs : faire dépendre la validité des testaments de leur transcription, c'est altérer la faculté de tester; la validité d'un testament ne dépendra plus du fait seul du testateur; il restera une formalité qu'il ne peut remplir, qui ne peut être exécutée qu'après son décès par une main étrangère, et c'est cette formalité dont l'accomplissement ou l'inaccomplissement fera ou défera les testaments. Enfin la mise en

Digitized by Google

pratique de la transcription des testaments soulèverait de sérieuses difficultés, par la nécessité d'accorder au légataire un délai pour transcrire. Quelle durée fixera-t-on à ce délai? Le fera-t-on courir du jour du décès ou de la connaissance acquise du testament? Par ces motifs la nécessité de la transcription n'a pas été étendue aux testaments et s'applique aux actes entre-vifs seulement. Les institutions contractuelles et les donations de biens à venir seront-elles considérées comme des actes entre-vifs ou comme dispositions testamentaires? Le projet actuel, pas plus que celui de l'année dernière, ne le dit pas [1].

5. Il y a encore une question sur laquelle des voix puissantes ont réclamé l'urgence d'une réforme. La transcription des actes sous seing privé présente des dangers sérieux. Ils ont été démontrés avec beaucoup de force. Ce n'est pas seulement, disait M. Delapalme, du défaut de transcription des actes de vente que proviennent les irrégularités si nombreuses de l'état de la propriété; elles proviennent surtout de ce que l'on admet à la transcription des actes sous seing privé informes, sans valeur, rédigés par un maître d'école, et signés, le plus souvent, sur une table de cabaret. De pareils actes ne peuvent établir une propriété régulière [2]. La presque généralité des lois étrangères, notamment celles des pays régis naguère par le Code Napoléon, n'admet pas les actes sous seing privé à la transcription, du moins sans une vérification préalable. Aux dispositions des lois de Genève, de Belgique, de Toscane, de Pologne, déjà précédemment citées [3], il faut ajouter celles de l'art. 1595 du Code sarde ainsi conçues : S'il s'agit d'immeubles, la promesse de vente d'immeubles doit être passée par acte public, comme la vente elle-même. L'art. 671 du Code néerlandais contient cette disposition très-remarquable : Si l'acte renferme des dispositions étrangères au transfert, on fera transcrire, d'après un extrait *authentique*, tout ce qui concerne le transfert. Mais en ce cas, les parties, lors de la rédaction de l'extrait par le notaire ou même par une déclaration sous seing privé, qui sera inscrite sur l'extrait authentique, donneront leur consentement à ce que la transcription soit opérée conformément à l'extrait. Dans les cantons suisses, tout transfert d'immeubles doit être passé devant le

[1] V. les observations de M. Pont, p. 168.
[2] *Moniteur* des 15 et 17 janvier. Discours de MM. Delapalme et Duclos.
[3] V. la *Revue critique*, p. 180 et 181.

Digitized by Google

juge ou le tribunal des lieux où ils sont situés. Ainsi le Code de Berne (art. 434 et 435) dispose : La délivrance des immeubles s'opère par une déclaration devant le tribunal de leur situation. Un mode analogue a prévalu en Allemagne. Toute mutation entre-vifs d'immeubles doit s'effectuer par la transmission publique faite devant le juge des lieux. Les lois allemandes proscrivent généralement les actes sous seing privé. Le Code prussien (titre X de la vente, part. 1, tit. 6) statue : L'acquisition d'un immeuble n'est parfaite que par l'inscription sur les registres publics. Cette inscription n'aura lieu que sur la production d'un acte authentique. De même, la loi hypothécaire du grand-duché de Hesse (art. 52) prescrit : Dans la Hesse supérieure, l'acte de vente doit être un acte judiciaire ou confirmé judiciairement ; dans la Hesse rhénane, cet acte doit être un acte authentique, ou, si c'est un acte sous seing privé, la signature doit être légalisée [1].

Les arguments sur lesquels on s'appuie pour repousser toute disposition tendante à restreindre l'emploi des actes sous seing privé, se résument dans les propositions suivantes : si l'acte ne peut pas être librement transcrit par une seule des parties contractantes, c'est sa proscription. Supprimer l'usage des actes sous seing privé pour les ventes, les servitudes, les baux à long terme et les quittances anticipées de loyer, c'est une profonde perturbation produite dans les habitudes des transactions privées. Il y aurait une grave atteinte portée à la facilité et à la liberté des transactions, une atteinte sérieuse portée aux principes du Code civil. A côté de l'obligation nouvelle de la transcription, viendra se placer celle de l'acte authentique. Ces considérations assurément sont d'un grand poids. Il ne faut pas cependant se dissimuler que la transcription des actes sous seing privé ne tardera à faire surgir de nombreuses difficultés du système inauguré par le projet. Il suffit d'insister sur les suivants. Les actes sous seing privé dont le Code civil restreignait l'effet aux parties seulement qui y avaient figuré, doivent par suite de la transcription, produire leur effet à l'égard des tiers. La transcription de ces actes sera une formalité inutile pour les tiers, si on laisse l'original entre les mains de celui qui aura

[1] On peut consulter également le Code d'Autriche, art. 431 à 435 ; la loi de Saxe, art. 143 ; celle de Saxe-Weimar, art. 216 ; celle de Nassau, art. 1.

Digitized by Google

requis la transcription. Celui-ci pourra à son gré ou reconnaître l'existence de la convention ou la nier impunément, la transcription aux termes de l'art. 1336 du Code civil n'étant pas même considéré comme un commencement de preuve par écrit de l'existence de la convention. C'est donc exposer le nouveau système à des dangers sérieux que d'imposer la nécessité de la transcription, sans soumettre les actes sous seing privé à aucune formalité préalable. Aussi des esprits judicieux, en s'inspirant de l'expérience des pays où la transcription des immeubles est établie depuis longtemps, et sans exiger la nécessité des actes authentiques, proposent comme tempérament le dépôt préalable de l'acte à transcrire à l'étude d'un notaire. Cette formalité sans nuire à la liberté des transactions, aurait du moins pour effet de garantir l'original de l'acte contre la fraude et la falsification, en même temps qu'elle allégera en quelque sorte la tâche du conservateur, considérablement agrandie par le projet de loi.

6. Plusieurs autres dispositions du projet ont donné lieu à des débats animés dans le Corps législatif. La suppression des art. 834 et 835 du Code de procédure surtout a été vivement critiquée. Ces articles, disait-on, ont été adoptés pour arrêter un mal dont une expérience de deux années avait révélé l'existence dans le Code civil. A l'avenir le créancier hypothécaire ne pourra plus faire inscrire son hypothèque dès que la vente aura été transcrite. On est touché de la situation qui serait faite au vendeur et au copartageant et on leur laisse le moyen de sauvegarder leurs intérêts. Mais alors pourquoi sacrifier le créancier hypothécaire? Il lui faut le temps de faire inscrire son hypothèque, d'enregistrer son acte, de dresser son bordereau. Avant l'accomplissement de ces formalités que l'emprunteur vende, que l'acquéreur fasse transcrire, et voilà le gage du débiteur qui disparaît. Le vendeur n'est pas plus digne d'intérêt que le créancier hypothécaire; cependant on prolonge le délai accordé au vendeur, en même temps on supprime tout délai pour le créancier hypothécaire. A ces objections, il fut répondu que les art. 834 et 835 ont été la conséquence du principe qui régissait la vente jusqu'à présent. D'après l'art. 2151 la transcription n'est que le premier acte de la purge des hypothèques, un moyen d'obtenir la délivrance de l'état des inscriptions afin de pouvoir aux termes de l'art. 2183 notifier le contrat aux créanciers inscrits. Dans ce système, il n'y avait aucun incon-

Digitized by Google

vénient à offrir aux créanciers qui s'inscrivaient dans la quinzaine de la transcription la même condition qu'aux créanciers antérieurement inscrits. Le projet de loi, au contraire, considère la transcription, non comme le premier acte de la purge, mais comme un moyen de consacrer la translation de la propriété. La position du vendeur était toute spéciale; il était dépossédé et à la merci de son acquéreur. C'est pour cela que le projet s'est préoccupé du besoin de donner au vendeur et au copartageant des garanties particulières. Mais le délai accordé à ces derniers diffère essentiellement du délai de quinze jours dont il s'agit dans les articles 834 et 835. Le délai indiqué dans ces articles a pour point de départ, non pas le jour du contrat, mais le jour de la transcription. Le prêteur pourra toujours se garantir en ne délivrant les fonds que lorsqu'il a fait transcrire son hypothèque. Pour le vendeur, au contraire, le délai court du jour du contrat, c'est-à-dire du jour où il est dépossédé.

Le délai accordé au vendeur et au copartageant n'existait pas dans le projet primitif. La commission demandait qu'un délai fût fixé, elle demandait en outre que ce délai fût porté à soixante jours; le Conseil d'État n'accordait que quinze jours. Par voie de transaction, on s'est arrêté au terme moyen de trente jours. Cette disposition fut combattue par M. Delapalme avec beaucoup d'énergie. Elle consacrait dans son opinion une spoliation. La loi projetée a voulu soumettre à une condition commune le privilége du vendeur et son action résolutoire. Du moment où l'on réduisait le vendeur à un simple privilége, il fallait lui accorder les moyens de conserver utilement son droit. La disposition de l'article 6 aurait ce résultat que si l'acquéreur ne faisait pas transcrire son contrat dans les trente jours de sa date, le privilége du vendeur pourrait périr. Ainsi, le droit du vendeur dépendrait du plus ou moins de diligence de l'acquéreur; ce serait lui qui devrait s'inquiéter de la transcription, et souvent il serait obligé, pour l'obtenir en temps utile, de faire, à la place de l'acquéreur, l'avance des frais de vente et d'enregistrement. Les parties, par un renversement de rôles, seront obligées de venir en aide à la loi. Ces objections ont été prises en sérieuse considération, et, par un décret spécial du gouvernement, le délai fut prolongé de trente à quarante-cinq jours.

Nous ajoutons : il faut convenir que le privilége du vendeur

Digitized by Google

et du copartageant se retrouve dans toutes les lois hypothécaires. Celles de Naples (art. 1994) et des îles Ioniennes (art. 204) ont maintenu le délai de quinze jours, tant au profit du vendeur et du copartageant que des créanciers hypothécaires en général. Le projet de la Bavière Rhénane (art. 14) statue : Le privilége légal qui, aux termes des art. 2103, 2108 et 2109 du Code civil appartient au vendeur ainsi qu'au cohéritier et au copartageant, est assuré pour cinq années, même à l'égard des acquéreurs particuliers, par la simple transcription de l'acte de vente ou de l'acte de partage. Le Code sarde (art. 2205 et 2206) accorde un délai de trois mois au vendeur et aux cohéritiers pour l'inscription de leurs priviléges. De même, d'après l'article 2211, les créanciers et légataires peuvent faire inscrire pendant trois mois après l'ouverture de la succession le privilége de la séparation des patrimoines. La loi de Toscane (art. 36) fixe à trente jours le délai pour le vendeur et le cohéritier, et à six mois le bénéfice de la séparation des patrimoines. Le Code néerlandais (art. 1227 et 1228) prescrit que l'hypothèque consentie pour sûreté du prix de vente soit transcrite dans les huit jours francs qui suivront la transcription du titre translatif de propriété sur les registres publics. La même disposition est applicable à l'hypothèque consentie dans un acte de partage. Enfin le Code de Parme (art. 2153) accorde un délai d'un mois au vendeur et au prêteur de fonds et quarante jours aux créanciers et légataires qui demandent la séparation des patrimoines.

7. Nous abordons une dernière question que présente le projet de loi, celle relative au mode de transcription. L'accroissement considérable des actes à transcrire qu'entraînera la mise en vigueur du projet, semblait nécessiter la simplification du mode actuel. Aussi l'article 3 du projet primitif introduisait un nouveau mode de transcription. Une copie entière de l'acte ou du jugement devait être déposée au bureau de la conservation des hypothèques. Le conservateur devait classer les copies par ordre de date et les transcrire par extrait sur un registre à ce destiné. Ce nouveau mode de transcription paraissait réaliser un progrès important. Cependant la commission a objecté que la double formalité prescrite par l'article 3 produisait une complication sans amener une économie du temps, qu'il remplaçait la copie littérale du titre par un simple extrait qui n'offrait ni les mêmes

Digitized by Google

garanties ni les mêmes avantages ; que la transcription enfin n'était pas mentionnée sur l'original du titre ; qu'à ces divers points elle offrait des inconvénients et des dangers. Par tous ces motifs elle a conclu au rejet de l'article 3, qui fut consenti par le conseil d'État.

Cette suppression nous paraît bien regrettable. Il ne faut pas en effet perdre de vue que le succès d'un bon régime hypothécaire ne dépend pas seulement de la nécessité de la transcription, mais aussi de la manière dont elle fonctionne. Les résultats heureux qu'a produits le régime hypothécaire allemand sont dus surtout à l'excellente tenue des registres fonciers, à la simplicité du mode d'inscription, à la facilité extrême avec laquelle l'état civil de la propriété immobilière peut être consulté. Sous ce rapport encore il peut servir de modèle à notre régime hypothécaire qui laisse beaucoup à désirer. En France il existe un seul registre sur lequel on reporte jour par jour, sans intervalle ni lacunes, et par ordre de présentation, les actes soumis à la transcription. Déjà on se plaint de l'encombrement des bureaux de conservation, des retards qu'éprouve la transcription des actes qui y sont présentés, et où ils sont retenus pendant des semaines entières avant de pouvoir être transcrits. Qu'adviendra-t-il lorsque la loi nouvelle y fera affluer les actes dans une proportion cinq ou six fois plus considérable ? Les conservations pourront-elles suffire à un surcroît aussi prodigieux de leur travail ? Nulle part en Allemagne on n'entendra des plaintes pareilles. Les lois y ont prévenu partout la possibilité d'un encombrement par la division du travail, par le dédoublement des registres, par la netteté concise du mode d'inscription. Prenons pour exemple la plus ancienne, celle qui a servi de modèle à la plupart des autres, la célèbre ordonnance de Frédéric II, du 20 décembre 1783. Elle prescrit la création de registres des fonds de terre dans chaque province de la monarchie. Les tribunaux sont chargés de leur direction et en déterminent le nombre, selon les besoins des localités. Tous les immeubles doivent être inscrits sur ces registres et y ont chacun un *folio* spécial (art. 6 et 8). Les registres contiennent trois rubriques principales : dans la première on inscrit le nom du propriétaire, l'origine de la propriété et le prix d'acquisition (art. 41) ; dans la seconde on comprend les obligations réelles et les charges perpétuelles qui grèvent

Digitized by Google

les biens-fonds (art. 49 et sniv.); sous la troisième on inscrit les créances hypothécaires et les cessions de créances inscrites. En outre de ces registres ainsi divisés, il est tenu un registre des actes fonciers qui renferme les actes de procédure relatifs aux hypothèques, tels que requêtes, minutes des ordres, procès-verbaux, rapports et autres renseignements propres aux biens-fonds (art. 68). Les cours et tribunaux sont responsables de l'exactitude des registres qui leur sont confiés, ainsi que de la fidélité de la transcription des actes (art. 76 à 81). La loi prussienne, il faut en convenir, est entrée dans une foule de prévisions minutieuses qui en compliquent l'application et créent des embarras aux tribunaux. Les lois récentes d'Allemagne se sont affranchies en général de ces entraves, mais elles reproduisent sans exception les bases fondamentales du système prussien, à savoir l'inscription de tous les immeubles dans les registres fonciers, tant par les noms des propriétaires que par la dénomination et la désignation des biens-fonds. Chaque immeuble possède dans les registres, dans ce *livre terrier* (*Grundbuch*), son folio spécial, lequel, sous plusieurs rubriques distinctes, représente les mutations de la propriété, les charges réelles dont elle est grevée, et enfin les hypothèques.

C'est aux fonds de terre, comme l'a si bien dit M. Valette [1], qu'un compte est ouvert, et non aux personnes, comme dans notre pratique, où la confusion des noms propres embarrasse les recherches de difficultés souvent inextricables. Les avantages évidents de ce mode de transcription l'ont fait adopter également en Hollande et en Pologne. En Hollande, où le Code Napoléon a beaucoup contribué au morcellement extrême de la propriété, on a introduit le système germanique en le reliant au cadastre. A côté des livres terriers, des livres de biens-fonds, on a laissé subsister pour la plus grande facilité des recherches les registres personnels. En Pologne, la constitution aristocratique du sol a permis d'acorder à toute propriété rurale son registre particulier. Les combinaisons de la loi polonaise sont fort remarquables. Les registres hypothécaires comprennent trois parties : 1° le registre des conventions perpétuelles; 2° la

[1] V. le beau travail intitulé : *Examen du rapport adressé à M. le garde des sceaux par la Faculté de droit de Toulouse sur les réformes à introduire en matière de priviléges et d'hypothèques*, que M. Valette a publié dans la *Revue de droit français et étranger*, t. II, 1845, p. 61.

Digitized by Google

collection des documents déposés à l'appui dans ce registre; 3° le sommaire hypothécaire. Dans le registre des conventions perpétuelles on inscrit les contrats hypothécaires et les mutations de la propriété. La collection des documents déposés lors des conventions compose la deuxième partie du registre hypothécaire. Chaque document est signé par les déposants et par le conservateur. Les premières pages du registre sont destinées au sommaire hypothécaire. Le résumé porté sur le sommaire hypothécaire présente pour chaque immeuble un tableau abrégé de tout ce qui est survenu sur le fonds et sur les droits hypothécaires, dispense de lire en entier les documents et les conventions, et de discerner les engagements qui lient seulement la personne de ceux qui s'étendent aux fonds ou aux droits hypothécaires. Les parties, lors des conventions, s'entendent sur la rédaction du résumé à inscrire, qui seul fait loi à l'égard des tiers. Enfin une autorité spéciale, l'autorité hypothécaire, examine les actes reçus par le conservateur ou par le notaire et leur appose le sceau de la foi publique (art. 14 à 20)[1].

8. Nous ne terminerons pas cette première partie de notre travail sans nous arrêter encore un instant à quelques-unes de ces lois qui ont porté le crédit foncier en Allemagne au dernier degré de perfection. Le taux normal du crédit foncier en Allemagne est de 4 à 5 p. 100. Il y existe cependant plusieurs contrées où le taux est descendu beaucoup plus bas. A Hambourg il n'atteint pas le niveau du taux commercial : on y prête à 2 et à 2 1/2 pour 100 sur première hypothèque, à 3 et à 4 pour 100 sur des biens-fonds déjà grevés d'hypothèques. C'est assurément le bel idéal qu'on peut imaginer pour le crédit foncier. Il faut convenir que le régime hypothécaire de la grande cité commerciale d'Allemagne s'appuie sur plusieurs institutions locales dont les combinaisons savantes ne sauraient guère être proposées ailleurs. Des tribunaux de tutelle, la suppression de l'hypothèque légale de la femme, de l'hypothèque judiciaire, sont des idées inconnues en France. Mais il faut convenir en même temps que les résultats importants de ce régime sont dus surtout à la simplicité extrême avec laquelle y fonctionne la transcription. Sous ce rapport on peut la mettre en regard de la trans-

[1] V. la *Concordance des lois hypothécaires*, par M. de Saint-Joseph, partie II, p. 174.

Digitized by Google

cription qu'établit le projet de loi, et sous ce rapport un aperçu sommaire sur la loi hypothécaire de Hambourg ne paraîtra pas dépourvu d'intérêt.

Aucun droit réel ne peut, d'après la loi hambourgeoise, exister en dehors de la transcription qui, comme d'après les autres lois allemandes, forme le fondement de la propriété immobilière. La transcription constitue la formule unique, absolue, sous laquelle la propriété et les charges qui la grèvent peuvent se révéler. La propriété est acquise par le seul fait et du jour seulement de la transcription, et nul ne peut la contester dès que cette formalité est accomplie. Aucune réclamation, aucune éviction n'est recevable contre le titre qui résulte de la transcription. Il est loisible à celui qui se croit lésé par l'acte de transcription d'exercer son recours contre l'auteur du préjudice dont il se plaint, sans qu'il puisse attaquer la validité de l'acte. La fraude même ne doit nuire à la valeur du titre, pourvu que l'acquéreur ne soit convaincu y avoir contribué sciemment. Une seule exception est admise contre cette règle absolue : suivant un usage antique limité par un recès de 1618, l'inscription prise au préjudice d'un absent peut être attaquée par ce dernier dans le délai d'un an et d'un jour. L'usage a consacré une autre formalité, celle de la saisine. Toute mutation d'immeuble doit être précédée de la saisine [1] ou d'une déclaration présentée à cet effet au tribunal de la ville. C'est la formalité du *nantissement* de nos anciennes coutumes. On ne peut procéder à la saisine que pendant certains jours fixes de l'année, et elle doit être suivie de la transcription dans les six mois, ou renouvelée. Pendant cet intervalle, il est loisible aux tiers de former opposition contre la transcription en vertu d'un décret (*commissarium*) du sénat. La transcription elle-même s'effectue à la suite d'une déclaration faite par les parties au greffe de la ville, et dont le greffier ou l'un de ses secrétaires dresse un procès-verbal en leur présence.

Il existe un double registre, le livre terrier de la ville (*stadt-buch*), vaste cadastre qui renferme, par ordre de quartiers, la désignation de tous les biens-fonds de la cité, avec l'indication des diverses charges qui les grèvent, et le livre hypothécaire de la ville (*stadt-rente-buch*) où sont inscrites les créances

[1] *Verlassung.*

Digitized by Google

hypothécaires. Ces deux registres sont reliés entre eux par un registre général qui en contient un résumé succinct. Aucune hypothèque ne peut être inscrite ni rayée sans être précédée de la formalité décrite ci-dessus de la saisine. Les créanciers inscrits seuls ont le droit de se faire payer sur le prix de l'immeuble hypothéqué; ils ne perdent leurs droits que par la radiation de l'inscription. L'inscription de la créance dans le livre des hypothèques constitue un titre authentique; elle prouve en même temps l'existence de la créance. Un simple extrait de l'inscription délivré par le greffier au créancier lui tient lieu de titre. On ne connaît aucun autre mode de constater les engagements relatifs aux immeubles. La preuve testimoniale n'est pas admise; cependant la validité de l'inscription peut être contestée sur la foi d'actes authentiques ou dûment vérifiés. La rédaction des inscriptions et des extraits délivrés aux parties est d'une netteté et d'une concision remarquables.

Pour assurer le succès de la transcription, la loi a pourvu à l'hypothèque tacite de la femme mariée et des mineurs. C'est une loi sur les faillites, d'une date assez ancienne (1753), qui y a pourvu, d'une manière peu avantageuse pour la première. Cette loi n'accorde à la femme mariée aucun privilége ni droit de préférence sur les biens du mari, s'il tombe en faillite cinq ans après le mariage; elle n'a pas plus de droits sur la faillite du mari, pendant les cinq premières années, si lors du mariage déjà le mari était d'une insolvabilité notoire. Dans une ville essentiellement commerçante, où la communauté des biens est le seul régime admis entre époux, la loi, peu généreuse pour les intérêts de la femme mariée, a surtout en vue les intérêts des créanciers. Elle a pourvu avec plus de générosité aux intérêts des mineurs. Une commission spéciale du tribunal de la ville[1] surveille et contrôle la gestion des tuteurs, et, pour sûreté de l'hypothèque légale, prend des inscriptions sur les immeubles du tuteur et du père. Si ces derniers tombent en faillite, les créances non inscrites des enfants mineurs concourent à la composition de la masse. Elles sont qualifiées créances hypothécaires, qui ne sont appelées qu'après que les créances inscrites et les priviléges ont été payés intégralement (*ante omnes*) sur le produit des immeubles. Le syndic de la faillite

[1] *Vormundschafts-Deputation.*

Digitized by Google

(*curator bonorum*) répartit les créances hypothécaires non inscrites et les créances chirographaires en trois classes : les créances hypothécaires, divisées par moitié égale, d'après leurs dates, forment les deux premières, celles chirographaires la dernière.

Le produit de la masse est distribué ensuite entre ces trois classes, dans la proportion de quatre, trois et deux.

Tel est l'ensemble abrégé de cette législation curieuse qui a résolu le problème ardu du crédit foncier, après l'avoir réduit à son expression la plus simple. En faisant de la transcription le pivot du crédit foncier, en lui subordonnant les intérêts nombreux que le régime hypothécaire atteint d'une manière plus ou moins directe, elle a assis ce dernier sur des fondements solides. La transcription établie par le projet de loi devra-t-elle obtenir des succès pareils? Est-elle appelée à rendre au crédit territorial le ressort, la force d'expansion qui lui manquent? C'est ce que nous nous proposons d'examiner dans une seconde partie de notre travail. BERGSON.

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DE L'INSTRUCTION CRIMINELLE,

Ou Théorie du Code d'instruction criminelle, par M. Faustin Hélie, conseiller à la Cour de cassation. — Cinquième volume : *De l'instruction écrite et de la détention préalable.*

Compte rendu par M. Paul Pont, docteur en droit, juge au Tribunal civil de la Seine.

M. Faustin Hélie continue, avec une ardeur infatigable et toujours avec le même succès, la tâche à l'accomplissement de laquelle il préludait avec tant d'éclat, en 1845, par la publication de cette introduction magnifique qui présente, en un volume, l'*Histoire de la procédure criminelle.*

Depuis, l'auteur a publié, en 1846 et en 1848, deux autres volumes dans lesquels il a exposé l'organisation de l'action publique et de l'action civile, et puis, en 1851, un quatrième vo-

Digitized by Google

lume ayant pour objet cette information sommaire que la police judiciaire recueille et qu'elle transmet au juge comme premier élément de l'instruction à laquelle il va donner ses soins.

A chacun des pas qu'il a faits dans cette carrière si vaste et si belle qu'il se propose de parcourir, l'auteur a laissé une trace lumineuse de son passage. D'autres l'ont dit déjà; nous n'avons pas à y revenir.

Nous prenons le savant écrivain au point de son livre où il aborde la procédure criminelle proprement dite, et où il traite spécialement du premier objet de cette procédure, c'est-à-dire de l'information préalable, de l'instruction écrite, par laquelle commence l'œuvre de la justice. Encore même ne le suivrons-nous pas dans tout le chemin qu'il a déjà parcouru.

M. Faustin Hélie a exposé, en effet, les deux phases successives que présente l'information préalable. Dans un volume publié en 1853, et qui est le cinquième volume de son œuvre, il a traité de l'instruction proprement dite, c'est-à-dire des fonctions du juge d'instruction. Et dans un sixième volume qui depuis quelques semaines seulement est livré à la publicité, l'auteur a exposé tout ce qui a trait à la seconde phase de l'information préalable, c'est-à-dire l'examen préliminaire de l'instruction, ce qui comprend l'appréciation des indices et des preuves recueillis par l'instruction, la détermination du caractère juridique des faits constatés, et la désignation, s'il y a lieu, de la juridiction compétente pour en connaître et les juger.

Nous laissons quant à présent à l'écart, sauf à y revenir plus tard, ce dernier volume, qui contient sur un des points les plus importants et les plus difficiles de ce vaste sujet, sur les attributions diverses des chambres du conseil et d'accusation et sur la compétence des différentes juridictions criminelles, une étude approfondie et d'autant plus précieuse que le Code, en cette partie, est loin de présenter un système complet de législation, et que la doctrine et la jurisprudence ont à peine jusqu'ici effleuré le sujet. Notre appréciation aujourd'hui a pour objet unique le volume qui a précédé, et qu'à bon droit on pourrait appeler le guide, et, en quelque façon, le *vade-mecum* du juge d'instruction.

Il est pourtant une observation générale que nous ne pouvons nous empêcher de faire. Elle ne nous éloignera pas, d'ailleurs, de notre sujet, car si cette observation nous a été suggérée par

Digitized by Google

les quatre premiers volumes, le cinquième dont nous nous proposons de nous occuper aujourd'hui est peut-être de tous celui dans lequel elle trouve sa plus complète justification. Nous voulons parler du progrès visible que cette publication importante marque dans la manière de faire de l'auteur. Le lecteur quelque peu attentif qui comparera à la *Théorie du Code pénal* publiée de 1837 à 1842, la *Théorie du Code d'instruction criminelle*, en cours de publication maintenant, ne pourra s'empêcher de reconnaître l'incontestable supériorité de ce dernier ouvrage, bien que l'auteur y ait été privé de la savante collaboration de M. Chauveau Adolphe qui concourut à la composition du premier. Les vues générales y ont plus d'ampleur; l'histoire et la philosophie, qui sont dominantes toujours, y entrent avec plus de méthode et d'à-propos; les notions juridiques s'y montrent plus complètes et mieux empreintes de sagacité. Les tendances elles-mêmes y sont sagement modifiées. On pourrait dire de la *Théorie du Code pénal*, tant elle a de faveurs pour l'inculpé et de propension vers la défense, qu'elle fut une réminiscence de Beccaria qui, venant en France précisément et au milieu du XIXe siècle, était quelque peu entachée d'anachronisme. Nous ne voudrions pas dire que la tendance ne se retrouve pas encore dans la *Théorie du Code d'instruction criminelle*. Mais elle y est considérablement affaiblie, et si l'auteur continue d'y montrer cet esprit généreux qui a inspiré toutes ses publications, il ne s'y abandonne cette fois que dans une certaine mesure et avec la réserve qu'une étude plus attentive des faits devait nécessairement imposer à sa haute intelligence.

Du reste, ce progrès que nous constatons, progrès incontestable, selon nous, a sa cause et son explication, non pas seulement dans l'expérience plus grande de l'auteur, dans les ressources d'un esprit mieux assis et plus mûr, mais encore et surtout dans l'importance même du sujet. Quelque graves que soient les théories du droit pénal, de la loi purement répressive, la pensée embrasse sans difficulté le cadre dans lequel se renferme l'action du législateur. La loi définit les délits; puis elle détermine la peine dont l'agent est passible. Le problème consiste donc d'abord à ranger parmi les délits les actions qui en ont le caractère et à n'y ranger que celles-là, ensuite à établir la proportion entre le délit et la peine, à atteindre la mesure et surtout à ne pas la dépasser. L'écart dans la définition,

Digitized by Google

et dans la répression l'insuffisance ou l'excès, voilà, dans cet ordre d'idées, les seules erreurs possibles; et ces erreurs, aisément réparables d'ailleurs, ont cela de particulier qu'au fond ce n'est pas le droit même, c'est-à-dire la justice et la vérité, qui en est affecté, mais seulement la mesure dans la sanction qui devait être donnée au droit. En matière de procédure, les chances d'erreur sont bien autrement nombreuses, et les conséquences de l'erreur présentent une bien autre gravité. Ici la situation est complexe; il s'agit d'établir un système de garanties qui protége à la fois deux intérêts distincts, et pour ainsi dire contraires. — Il y a d'abord l'intérêt des accusés qui, en dehors de formes précises et complètes, seraient à la merci du juge et abandonnés à un arbitraire avec lequel le droit de la défense risquerait trop souvent d'être sans réalité. Au XVIe siècle déjà, le judicieux auteur de l'*Ordre, formalité et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et Romains ont usé ès accusations publiques, conféré au stil et usage de notre France,* Pierre Ayrault avait dit : « La formalité est si nécessaire qu'on ne sau-» rait en dévier tant soit peu, omettre la moindre solennité re-» quise, que tout l'acte ne vienne incontinent à perdre le nom » de justice, prendre et emprunter celui de force, voire même » de tyrannie. » L'intérêt des accusés n'est pas moins puissant aujourd'hui qu'il ne l'était au XVIe siècle, et ce que disait Ayrault, en vue de la protection due à cet intérêt par la loi aussi bien que par le juge, n'a pas cessé d'être une vérité. — Il y a ensuite l'intérêt de la société elle-même, à la sûreté de laquelle il importe que les délits soient justement et promptement réprimés, et qui manquerait son but ou n'y tendrait qu'à l'aveugle, si l'action judiciaire n'était éclairée par une forme de procédure sagement prévoyante et sûrement arrêtée. C'est le concours de ces deux intérêts et la nécessité de les concilier qui donnent à la loi de procédure criminelle une importance que la loi pénale proprement dite n'a pas au même degré; et si quelque chose doit nous convaincre de la différence existant sous ce rapport, entre les deux branches de la législation répressive, c'est de voir que la peine, à quelques époques, a pu être arbitraire, tandis que l'action judiciaire, ou la forme de procéder, ne le fut jamais.

Plus que personne, M. Faustin Hélie a dû avoir conscience de cela; et quand il a été aux prises avec le Code d'instruction

Digitized by Google

criminelle, il n'a pu manquer de sentir combien un tel sujet oblige. De là ces efforts, cette étude patiente, ces investigations profondes dans les institutions du passé auxquelles nos institutions actuelles se rattachent, cette doctrine savante dans ses aperçus et dans son interprétation des textes, cet ensemble enfin qui fait de la *Théorie du Code d'instruction criminelle* une composition remarquable entre toutes et supérieure de beaucoup non pas seulement à tout ce que nous avons déjà sur la matière, mais encore à ce que l'auteur lui-même avait écrit jusqu'ici.

C'est aussi par cette même cause que nous nous expliquons la valeur relative du cinquième volume dont nous voulons entretenir le lecteur. Ce volume, comme nous l'avons dit, est consacré à ce qu'on appelle l'instruction écrite; il expose et commente les fonctions du juge d'instruction, et par cela même il comprend tous les actes auxquels ce magistrat procède pour constater les faits qui sont l'objet de la poursuite, rechercher et vérifier les indices et les preuves, placer sous la main de la justice les agents inculpés et saisir les pièces de conviction. Or y a-t-il dans la procédure criminelle rien de plus important que cette enquête préliminaire dont l'objet et la mission sont de réunir tous les documents du procès, de préparer le terrain même sur lequel l'accusation et la défense doivent entrer en lutte, et de fournir les moyens d'où doit sortir la manifestation de la vérité? Non : l'instruction, suivant l'expression d'Ayrault, est l'âme même du procès; c'est à ce point de vue que M. Faustin Hélie l'a envisagée; il l'a étudiée et expliquée en raison de son importance même, et c'est ainsi qu'il a fait du volume où sont élucidées les difficultés sans nombre que la matière soulève l'une des parties de son livre où le théoricien trouvera le plus à apprendre et le praticien le plus à appliquer.

Après avoir exposé dans deux chapitres préliminaires d'abord le caractère général de l'instruction préalable et les motifs de son institution, ensuite l'histoire de l'instruction préalable soit à Rome, soit en France, depuis l'époque mérovingienne jusques et y compris l'année 1808, date de notre Code, après avoir rattaché notre instruction préalable, sinon par le texte de ce Code au moins par son esprit et ses règles générales, aux ordonnances de 1539 et de 1670, M. Faustin Hélie entre dans les spécialités de la matière, et il examine successivement : 1° l'organisation du juge d'instruction, le mode suivant lequel il est nommé,

Digitized by Google

prorogé, remplacé, récusé, son abstention et sa responsabilité; 2° les attributions générales du juge d'instruction, son droit d'informer, ses rapports avec le ministère public, son droit de requérir la force publique, les voies de recours ouvertes contre ses ordonnances; 3° la compétence du juge pour la poursuite et l'instruction, sa compétence *ratione personæ* avec l'examen des immunités accordées à certaines personnes, sa compétence *ratione loci;* 4° les dénonciations et les plaintes avec le sens de la maxime *unâ viâ electâ non datur recursus ad alteram;* 5° le système général des preuves; 6° la constatation judiciaire, les transports du juge d'instruction, les visites domiciliaires, la saisie des pièces de conviction; 7° l'information, c'est-à-dire l'audition des témoins, avec les formes de cette audition, les dispenses et la sanction de la loi; 8° la preuve littérale et notamment en matière de faux; 9° la preuve par experts avec les caractères généraux de la mission des experts; 10° les commissions rogatoires; 11° l'interrogatoire des accusés, sa forme, son but, les effets de l'aveu et sa divisibilité; 12° l'arrestation avec la théorie des mandats de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt; 13° enfin la liberté provisoire et le cautionnement.

Tel est dans sa savante harmonie ce cadre dans lequel rentrent avec un ordre parfait et se classent les innombrables détails de ce vaste sujet.

Considéré dans son ensemble, ce tableau de l'instruction écrite se recommande par tous les mérites qui ont conquis aux autres parties de l'ouvrage un si légitime succès. Une élévation d'idées qui plane sur tous les détails de la procédure criminelle; une critique impartiale qui puise dans l'étude approfondie du passé la juste appréciation des institutions actuelles et le germe des réformes à venir; une méthode toujours sûre qui, embrassant toutes les parties de la loi, les coordonne et les rattache à un centre commun; l'examen complet de questions et de textes dont quelques-uns font en ce moment l'objet d'une révision législative; enfin l'interprétation de la loi par une jurisprudence que l'auteur est mieux que personne en position de connaître: voilà, à un point de vue général, les qualités principales qui font de ce volume une œuvre capitale et assignent à l'auteur un rang élevé parmi les écrivains qui, sans dédaigner absolument le fait ou la pratique, s'attachent principalement au droit ou à la théorie, dont ils élargissent la sphère par de savantes conceptions.

Digitized by Google

Et maintenant, si l'on pénètre dans les détails, on ne saurait trop louer l'abondance de moyens, l'ordre et la fermeté de déductions, la netteté de langage et l'indépendance d'esprit que M. Hélie met au service de chacune de ses opinions. Rien n'est plus complet, à notre avis, que les dissertations sans nombre qui figurent dans ce volume sur l'instruction écrite; rien n'est mieux fait pour intéresser le lecteur et en même temps le tenir en garde contre les fausses interprétations. Est-ce à dire que toutes les opinions du savant écrivain doivent être acceptées? Non; et à ce propos, nous signalerons comme une suite de la tendance dont nous parlions tout à l'heure, la critique faite par l'auteur, du moins en théorie, de la jurisprudence suivant laquelle la Cour de cassation reconnaît aux juges, même après avoir vérifié l'existence des conditions légales sous lesquelles la liberté provisoire est obtenue, le droit de la refuser selon les circonstances (V. p. 847 et suiv.). Que le droit à la liberté provisoire paraisse une conséquence légitime de l'égalité de tous devant la loi, nous le voulons bien. Toutefois, raisonner ainsi, c'est ne voir qu'un côté de la question, c'est ne tenir compte que de l'intérêt individuel. Mais il y a aussi l'intérêt social dont il faut se préoccuper. Or il est important pour lui qu'un délit commis ne demeure pas impuni. Et dès lors, si le prévenu qui demande sa liberté provisoire ne peut pas rassurer le juge, s'il ne peut pas lui inspirer la confiance qu'il se représentera, l'intérêt social exige que ce prévenu attende le jugement sous la main de la justice et n'obtienne pas la liberté provisoire, alors même qu'il remplit les autres conditions légales sous lesquelles cette liberté est, en général, accordée.

Mais alors même qu'il se trompe, M. Hélie donne au lecteur tous les moyens de ne pas partager son erreur. Cela tient au mode qu'il suit invariablement dans toutes les discussions auxquelles il se livre. Il n'est pas, en effet, un seul point de son sujet qu'il ne prenne le soin de résoudre en législation avant d'arriver au texte; pas un dans lequel, parvenu au commentaire du texte, il ne mette en regard les doctrines diverses et n'établisse la controverse entre les différents partis qui peuvent être suivis; en sorte que le lecteur a sous les yeux tous les éléments du débat, et reste toujours maître du choix entre l'opinion que l'auteur a admise et celle qu'il a rejetée.

Tel est, dans son ensemble et dans ses détails, ce livre sur

Digitized by Google

l'instruction écrite. Monographie remarquable à tous titres au milieu d'un Traité général déjà si remarquable lui-même, il met dans une plus vive lumière les qualités et le mérite de l'écrivain qui l'a composé. Dans le cadre où il est renfermé, tout est saisi avec une intelligence parfaite. En cette partie, comme dans toutes les autres du reste, le Code d'instruction criminelle n'est pas assurément une œuvre irréprochable; mais il a repris dans les institutions du passé tout ce qu'il était bon d'en reproduire; et de plus, par sa forme même il se prête facilement à des modifications susceptibles de l'améliorer. C'est là ce que M. Hélie a saisi merveilleusement, et avec cette sûreté de vue qui est le propre des hommes nourris dans la science. Telle est, en effet, la savante ordonnance du livre, que réunissant à la fois l'histoire, l'exégèse et la pure théorie, par la première il fait connaître le passé, par l'autre il explique le présent, et par la troisième il prépare l'avenir. PAUL PONT.

CHRONIQUE.

— Les amis de la science ne sauraient manquer d'accueillir favorablement la Revue récemment fondée par MM. Éd. Laboulaye, E. Dareste, E. de Rozière et C. Ginouilhac, et consacrée à l'histoire du droit français et étranger. La première livraison de cette Revue, qui doit paraître de deux en deux mois, a été publiée au mois de janvier dernier; elle s'ouvre par une dissertation savante de M. Laboulaye sur la méthode historique en jurisprudence et sur son avenir, et contient plusieurs autres articles approfondis de MM. Rodolphe Dareste sur les origines du contentieux administratif en France, et Eugène de Rozière sur l'origine et les différentes rédactions de la loi des Allemands. Nous signalons à l'attention des jurisconsultes et des savants cette publication, à laquelle le nom de ses fondateurs promet un succès que la rédaction ne manquera pas de lui assurer.

— L'Académie a remis au concours, pour l'année 1856, le sujet suivant de dissertation :

« Retracer l'histoire des divers régimes auxquels les contrats

Digitized by Google

nuptiaux sont soumis ; — Rechercher, au point de vue moral et au point de vue économique, quels sont les avantages et les inconvénients de chacun de ces régimes. »

D'après le programme de l'Académie, les concurrents devront rechercher, au point de vue moral, quel est celui des deux régimes (le régime dotal et le régime de la communauté) qui est le plus propre à resserrer les liens de l'union conjugale ; qui offre la meilleure garantie de l'accomplissement des devoirs des époux l'un envers l'autre ; qui contribue le plus à fortifier l'autorité paternelle, à entretenir le respect filial et à assurer le bonheur de tous : — et, au point de vue économique, quelle est l'influence que chacun de ces régimes peut exercer sur le bien-être matériel et la prospérité de la famille, sur le développement du commerce et de l'industrie, sur les progrès de l'agriculture, en un mot sur la fortune publique : et pour cela, comparer entre elles les parties de la France qui ont été soumises à ces divers régimes, ou qui le sont encore, et rechercher s'il faut placer au nombre des causes de leur prospérité ou de leur déclin l'influence de celui de ces régimes qui y était suivi ; constater quel est celui qui engendre le plus de procès pendant ou après le mariage ; rechercher s'il existe certaines populations ou seulement certaines classes de la société auxquelles, sous les deux points de vue indiqués, l'un des régimes convient mieux que les autres ; exposer enfin les modifications que le régime dotal a subies, en France, comparativement au droit des Romains, par l'influence de la jurisprudence ancienne des parlements et de la jurisprudence nouvelle de nos Cours de justice.

Les mémoires, écrits en français ou en latin, devront être déposés au secrétariat de l'Institut, le 31 décembre 1855. P. P.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

D'arrêts contenus dans les cahiers de février 1854 des principaux Recueils.

Par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris.

SOMMAIRE.

I. Mariage sans contrat entre un étranger et une Française. — Communauté. — Domicile de l'étranger en France. — Domicile matrimonial. — Ancien droit. — Ce qu'on doit décider sous le droit nouveau.

II. Que la femme dotale ayant des paraphernaux ne doit pas, quant à cette nature de biens, être assimilée à la femme séparée.

III. Désaveu de paternité en cas de séparation de corps. — Histoire et interprétation du deuxième paragraphe de l'article 313 ajouté au Code Napoléon.

1. — (Paris, 15 décembre 1853. *Dev. et Car.*, 54, 2, 105.) — Par quelle loi, en l'absence de contrat de mariage, doivent se régir les conventions matrimoniales entre un étranger et la femme française, quand le mariage est célébré en France et que les circonstances de faits indiquent l'intention d'établir le ménage en France? Sera-ce toujours par la loi du domicile du mari?

Nous ne parlerons pas ici de l'étranger autorisé par le gouvernement à établir son domicile en France dans la forme prescrite par l'article 13 du Code civil. Il est évident que, jouissant en France des droits civils et s'y mariant sans contrat, lui et la femme qu'il choisit sont présumés de droit avoir suivi en France la loi du domicile civil que le mari s'est choisi, et s'être tacitement soumis à la communauté légale de notre Code.

Nous ne parlerons pas non plus de l'étranger voyageant en France, y passant quelque temps pour son plaisir ou pour ses affaires personnelles. La femme qui l'épouse s'attend ordinairement à s'expatrier, et semble prête à accepter pour régler ses intérêts pécuniaires la loi du domicile du mari qui va lui faire perdre sa nationalité.

Mais la difficulté devient plus grande quand l'étranger réside habituellement en France, et qu'il n'a pas demandé au gouvernement l'autorisation d'y établir son domicile : l'équité seule dit que la femme ne doit pas être abusée par une apparence de domicile; qu'elle a compté sur l'établissement d'une communauté

Digitized by Google

de biens, idée avec laquelle nous sommes pour ainsi dire bercés, et qui est en France dans toutes les têtes : savants ou ignorants, jurisconsultes, hommes du peuple, tous nous pensons que le mariage donne un droit par moitié à chacun des époux à ce qui sera gagné durant le mariage. Une femme serait trompée s'il en était autrement; et pourtant la loi du domicile du mari étranger peut exclure la communauté, par exemple s'il était Anglais.

En principe, quelque longue qu'ait été en France la résidence d'un étranger, qu'il ait ou non toujours été fixé dans le même lieu, qu'il y ait eu un établissement, qu'il y possède des immeubles, il sera légalement vrai qu'il n'y possède pas de domicile dans le sens de la loi française. Depuis la publication du Code civil, ou, pour parler plus exactement depuis la Constitution de l'an III, le mot *domicile* signifie seulement le lieu du principal établissement de tout Français en France, ou le lieu du domicile qu'a pris en France un étranger avec l'autorisation du gouvernement.

Une suite de textes le prouvent : la Constitution de l'an III, art. 10; — la Constitution de l'an VIII, art. 3, qui fixent le temps de domicile que l'étranger doit avoir en France avant que de devenir Français; l'article 13 du Code Napoléon, qui porte que l'étranger qui aura été admis par l'autorisation du gouvernement à établir son domicile en France, y jouira des droits civils tant qu'il continuera d'y résider; l'avis du conseil d'État du 18 prairial an XI, approuvé le 20, qui répète ce principe; le décret du 17 mars 1809 sur la naturalisation, qui emploie les mots *domicile* du pétitionnaire, parce que l'étranger doit, avant que de demander la naturalisation, avoir obtenu la jouissance des droits civils et s'être établi un domicile en France, et la loi sur la naturalisation du 3 décembre 1849, qui divise clairement les étrangers en trois classes : 1° les étrangers qui ont été autorisés à établir leur domicile en France dans les formes de l'article 13 du Code; 2° les étrangers résidant en France; 3° les étrangers voyageant en France.

Tout étranger peut avoir en France une résidence, une demeure, une ou plusieurs habitations ; car il est du droit des gens d'aller et de venir, de s'arrêter, de s'établir à demeure fixe, même de former des établissements, pourvu qu'on ne contrevienne en rien aux lois de police et de sûreté d'un pays. L'é-

Digitized by Google

tranger, pour avoir en France une résidence de longue durée, une demeure fixe, un établissement stable, n'a pas besoin pour cela de la jouissance des droits civils, n'a pas besoin de l'autorisation du gouvernement.... Cependant, tant qu'il n'aura pas l'autorisation du gouvernement pour jouir des droits civils, il n'aura pas de domicile, parce que la qualité de *domicilié* est un effet des droits civils. L'application de plusieurs lois spéciales prouvera encore plus fortement cette vérité.

Par la loi du 10 septembre 1807, et depuis par celle du 17 avril 1832, il a été dit qu'en matière civile, tout jugement rendu en France au profit d'un Français contre un étranger *non domicilié* en France entraînerait la contrainte par corps. Dans ces lois, qu'entend-on par *non domicilié?* Soumettra-t-on à la contrainte par corps les étrangers qui auront en France une résidence habituelle, un établissement de commerce ou d'industrie, des meubles, des immeubles quelquefois importants? Point de doute sur l'affirmative : ils ne sont point domiciliés! — « Aux » conditions de l'article 13 du Code civil si faciles à remplir » (disait M. Mallarmé, tribun, dans son discours au corps législatif lors de la présentation de la loi du 10 septembre 1807), » nos lois ne laissent subsister aucune différence (quant à la » contrainte par corps) entre l'étranger et le naturel. Doivent-» elles avoir la même indulgence à l'égard de l'étranger qui ne » se constitue pas de domicile? » Dès qu'ils ne sont domiciliés ni par la longue résidence sans l'autorisation de l'article 13 du Code, ni par le mariage avec une Française, ni par l'acquisition d'immeubles en France, ni par un établissement d'industrie ou de commerce, tout jugement rendu contre eux en matière civile doit entraîner la contrainte par corps. Aussi les arrêts sont-ils conformes. Un arrêt de Paris, du 16 août 1811, a prononcé la contrainte par corps contre la princesse *Poniatowska*, Polonaise, quoique vivant et résidant en France, et ayant un appartement en France; un autre, du 25 août 1842, contre un sieur *Carlier d'Abaunza*, Espagnol, malgré sa longue résidence et son mariage en France; un autre contre un sieur *Druemler*, Allemand, quoique demeurant en France depuis quinze ans, y tenant une pension depuis dix ans, et qu'il fût professeur à l'école préparatoire d'état-major à Paris.

C'est en suivant les mêmes principes que nos tribunaux décident tous les jours que la femme étrangère, quoique demeu-

Digitized by Google

rant habituellement en France avec son mari étranger, n'a pas d'hypothèque légale sur les biens immeubles de son mari situés en France, si le mari n'y jouit pas des droits civils par l'autorisation de l'article 13 ou s'il n'y a pas traité réciproque entre les deux nations : ainsi jugé par la Cour de Bordeaux, le 14 juillet 1845 (aff. *Palmer*), contre une femme anglaise, et par la Cour de Metz, le 6 juillet 1853 (aff. *Viennet*), contre une femme belge. C'est ainsi encore qu'on refuse au mineur, étranger de nation, l'hypothèque légale sur les biens de son tuteur situés en France.

Enfin, pour compléter nos exemples, il suffira de rappeler les arrêts célèbres des affaires de l'*huile de Macassar* et des *épingles anglaises*, dans lesquelles la Cour de cassation a décidé par un arrêt du 14 août 1844 (aff. *Rowland and son*) et par un autre arrêt rendu en audience solennelle, le 12 juillet 1848, que, quand il n'y a pas de traité réciproque entre les deux nations, ou que l'étranger n'a point en France un domicile caractérisé par l'autorisation du gouvernement en vertu de l'article 13, il ne jouissait pas des droits civils en France, et ne pouvait en conséquence exercer en France le droit civil, d'agir en dommages-intérêts contre un fabricant français qui aurait usurpé sur des produits semblables fabriqués en France les noms et marques de la maison étrangère. La Cour de Bordeaux a rendu un arrêt semblable le 20 juin 1853, dans l'affaire *Kirby Beard and Comp.*, quoique ces Anglais eussent formé un établissement à Paris, et eussent déposé tant au greffe du tribunal de commerce qu'au secrétariat des prud'hommes la collection des étiquettes distinctives des aiguilles et épingles de leur fabrication.

Un étranger n'a donc de vrai domicile en France qu'autant qu'il est légalement autorisé à y jouir des droits civils, et qu'il continue à résider en France dans un domicile qu'il y a choisi.

Il ne faut pas se laisser troubler par quelques arrêts qui paraissent contraires à ces principes : ou ils tiennent à des circonstances particulières et justifiées par des raisons légales, ou ils tiennent à de hautes raisons d'équité ou à l'imperfection du langage.

Le mot *domicile* est dans le langage commun un mot équivoque : il se confond souvent avec le mot *résidence habituelle*. Il faut bien qu'en certains cas on confonde l'un avec l'autre par habitude, et qu'on donne quelquefois une acception plus étendue

Digitized by Google

au mot *domicile* que le sens légal ne le comporte. Cela arrive d'autant plus naturellement, qu'avant le Code civil il n'y avait pas de loi générale sur le domicile, et que le droit romain en reconnaissait plusieurs espèces : le domicile municipal, l'incolat, le domicile de dignité, et convenait qu'un même homme pouvait avoir en fait deux domiciles.

Quand le Code a, pour la première fois, fait une loi sur le domicile, il s'est bien gardé de dire que le domicile réglerait la compétence pour les actions personnelles ; il savait bien que telle était la règle ; mais il a dû laisser au Code de procédure le soin de s'occuper de la forme des actions.

L'article 59 du Code de procédure a donc posé en principe qu'en matière personnelle, le défendeur serait assigné devant le tribunal de son domicile, et s'il n'avait pas de domicile, devant le tribunal de sa résidence. Il a déclaré par là même que le lieu de la résidence entraînait juridiction, pourvu que le domicile ne fût pas connu.

De là cette règle tacite de procédure, que toutes les fois qu'un Français même est assigné devant le tribunal de sa résidence, au lieu de l'être devant celui de son domicile, il ne doit pas réussir dans son déclinatoire, si le demandeur s'est trompé de bonne foi par les apparences d'un domicile, surtout quand le défendeur a laissé sciemment prendre défaut, n'a pas d'intérêt avouable, et paraît vouloir traîner l'affaire en longueur : le droit en souffre peut-être un peu, mais l'équité judiciaire est satisfaite. Ainsi un arrêt de Paris, du 25 mai 1826, a maintenu la compétence du tribunal civil de la Seine contre le comte *de Laurencin*, député du Rhône, domicilié à Lyon, pour une fourniture de chevaux que lui avait faite un marchand de Paris en son hôtel à Paris, rue Saint-Florentin, pendant une session du corps législatif (S. 27, 2, 118), ce qui paraît blesser un peu les articles 102 et 108 du Code. Ainsi un arrêt de la Cour supérieure de Bruxelles (au *Recueil alphabétique* de M. Dalloz, t. VI, p. 382, édition de 1820) a déclaré valable un acte d'appel donné en 1813 au duc d'Aremberg en son hôtel à Bruxelles, lieu où il avait conservé l'administration de ses biens, quoique en sa qualité de sénateur de l'empire français, il eut son domicile de droit à Paris au temps de l'exploit, suivant l'article 107 du Code Napoléon. Ainsi encore la Cour de cassation a-t-elle jugé contre M. *de Querrieux* ayant bien son domicile à Paris, mais ayant sa

Digitized by Google

terre de Querrieux dans l'arrondissement d'Amiens et ayant répondu habituellement aux actions intentées contre lui devant le tribunal civil d'Amiens, que le lieu où l'on a souvent laissé intenter des actions contre soi peut être considéré (par les juges du fait) comme domicile litigieux; que les assignations qui y sont délivrées et les jugements qui y sont obtenus peuvent être valables, même quand le domicile réel est ailleurs (S. 16, 1, 109). Doctrine qui paraît un peu trop étendue, et à laquelle il faut ajouter : « quand il apparaît aux juges du fait que le défendeur avait pleine connaissance de l'attaque et qu'il n'a pas répondu pour gagner du temps et faire tomber les frais à la charge du demandeur. »

Si, *quoad forum rei*, on n'est pas plus sévère sur l'assimilation du domicile et de la résidence entre Français, on ne le sera pas davantage dans la même matière quand il s'agira d'étrangers. La même raison d'équité confondra encore les mots. Ainsi, arrêt de Paris du 24 mars 1817, qui déclare qu'un Turc de Constantinople avait pu assigner devant le tribunal de commerce de Paris un autre Turc, établi depuis longtemps à Paris, auquel il avait envoyé pour 180,000 francs de cachemires, et qui excipait de ce qu'il ne s'était pas conformé à l'article 13 du Code civil. La Cour déclara qu'un pareil système était subversif de la bonne foi (S. 18, 2, 5); ainsi la même Cour, par arrêt du 11 janvier 1825, rejeta en matière commerciale le déclinatoire de Dacosta, Hollandais domicilié à Paris depuis longtemps, et y exerçant (dit l'arrêt) ses droits civils, contre une demande en payement d'une dette de commerce contre lui formée par un Irlandais. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la chambre des requêtes le 24 avril 1827 (S. 28, 1, 212), parce qu'il s'agissait d'un contrat du droit des gens.

Donc, si c'est par pure équité qu'en matière de compétence, les magistrats font volontairement une sorte de confusion entre les mots *résidence* et *domicile*, et s'ils la font précisément contre les étrangers défendeurs, afin que leur domicile apparent ne puisse tromper les tiers qui peuvent les croire autorisés et vraiment domiciliés là où ils exercent le commerce, on n'en peut rien conclure contre la maxime qu'ils n'ont de domicile véritable en France qu'à la charge de se conformer à l'art. 13 du Code civil.

En matière de contrainte par corps contre les étrangers, on

Digitized by Google

cite contre notre doctrine, un arrêt de rejet de la chambre civile de la Cour de cassation, du 6 février 1826 (S. 26, 1, 341; Pal. t. II, de 1827, p. 159), rendu dans des circonstances qui pouvaient n'établir qu'une longue résidence, puisque l'étranger déchargé de la contrainte par corps était né à Alexandrie en Égypte, demeurait à Marseille, et ne justifiait pas soit qu'il fût né Français, soit qu'il eût été admis à la jouissance des droits civils. Mais, qu'on le remarque bien, la Cour de cassation, pour motiver le rejet du pourvoi, s'est attachée à prouver que dans toute la procédure le demandeur avait fait ses actes en *reconnaissant* à plusieurs reprises que le défendeur était domicilié en France. « Les *qualités* du jugement, non contestées par le de» mandeur *sous l'influence duquel* elles ont dû même être rédi» gées (porte l'arrêt), *qualifient* formellement et à diverses re» prises le défendeur comme *domicilié* à Marseille, y demeurant, » et les actes contiennent les mêmes énonciations, la profession » du défendeur, la mention que les copies avaient été laissées » dans le domicile du défendeur; ainsi, *il y a* dès lors *reconnais*» *sance* de ce fait que le demandeur était établi et *domicilié* à » Marseille. » — Donc la Cour de cassation, peut-être par faveur pour la liberté, a seulement décidé qu'on ne pouvait invoquer l'article 1 de la loi du 10 septembre 1807 contre un étranger, quand on avait reconnu en point de fait dans la procédure même, qu'il avait domicile en France. Elle a statué par fin de non-recevoir, elle n'a pas touché à la question de droit, et l'arrêt ne constitue pas même un préjugé. — C'est ce que nous avons dit en 1834, en traitant de la contrainte par corps, et depuis, M. Troplong a approuvé notre manière d'apprécier cet arrêt, p. 378, n° 496.

On peut encore considérer comme contraires à notre opinion, quelques arrêts relatifs au partage de l'affouage des bois; il faut être domicilié dans la commune pour y participer; pas de doute donc que l'étranger autorisé à établir son domicile en France, ne participe au partage des bois de la commune où il a son domicile. (Rejet, 23 mars 1853, S. 53, 1, 478). Mais il s'est élevé des doutes pour les chefs de famille nés Français dans les départements séparés par les traités de 1814, et qui étaient venus s'établir dans un des départements conservés à la restauration. Il semblait qu'étant devenus étrangers par la séparation de leur pays originaire, ils ne devaient pas participer à l'affouage

Digitized by Google

avec les autres habitants, tant qu'ils n'avaient fait la déclaration de persistance dans la volonté de se fixer en France, prescrite par la loi du 14 octobre 1814 : néanmoins la jurisprudence civile les a maintenus dans leur droit d'affouage. (V. deux arrêts de la Cour de cassation, des 26 février et 11 mai 1838, S. 38, 1, 280 et 636.) Mais pourquoi ? En y réfléchissant, on trouve que la loi n'ayant pas d'effet rétroactif, et ces ci-devant Français ayant acquis, en leur qualité primitive de Français, les droits civils et de domicile en France antérieurement à la loi du 14 octobre 1814, n'ont pu perdre ces droits par la publication de cette loi. Elle a bien pu leur imposer l'obligation de faire une déclaration nouvelle pour parvenir à la déclaration de naturalité, mais elle n'a pu leur ravir le droit ni les effets civils du domicile précédemment acquis. Or ce n'est pas là avoir dérogé à l'article 13 du Code civil ; c'est l'avoir sainement appliqué. Cette jurisprudence a laissé subsister nos principes.

J'emprunterai à M. Nicias Gaillard le résumé de ces principes : « La situation légale de l'étranger en France (a dit ce magis- » trat dans l'affaire Pujol contre Pieglowski, réquisitoire du » 5 mars 1851. V. D., t. LI, 1re part., p. 39, à la note, 1re col., » 2e alin.) diffère essentiellement, suivant qu'il est naturalisé » Français, ou qu'il a seulement été admis par le gouvernement » à établir son domicile en France, ou qu'il y réside sans auto- » risation. La naturalisation lui confère les droits politiques ; » l'autorisation du gouvernement, les droits civils ; la simple » résidence, les seuls droits qui dérivent du droit des gens. » Le droit de domicile est un droit civil : l'étranger qui ne jouit » pas des droits civils en France n'y peut donc avoir un domi- » cile légal. »

Ceci posé, et aucun étranger n'ayant de domicile en France, même par la longue résidence (s'il n'a satisfait à l'article 13 ou s'il n'y a des traités réciproques), cette absence de domicile en France empêchera-t-elle que les conventions matrimoniales de cet étranger, épousant en France une Française sans passer de contrat de mariage, ne soient la communauté de biens telle qu'elle est réglée par le Code civil ?

L'arrêt que nous examinons a décidé qu'il y avait communauté de biens entre les époux dans l'espèce suivante : Breul, Hanovrien, était venu se fixer à Paris ; il y avait fondé une maison de commerce qui prospéra. Vingt ans après son établisse-

Digitized by Google

ment, il épousa à Paris une dame Lamothe, sans contrat de mariage. Deux ans plus tard il fit son testament, et y exprima qu'il concevait des doutes sur le droit de communauté en faveur de sa femme, en déclarant que cependant telle avait été sa volonté lors de son mariage. Il mourut en France. Ses héritiers soutinrent que le domicile du mari était le Hanovre, et que le mariage devait se régler par la loi du pays marital. Ils succombèrent, et la Cour accorda à la femme le droit de communauté.

Il en avait été de même lors de l'arrêt *Lloyd* rendu par la même cour le 3 août 1849, dans une espèce très-favorable. Le sieur Lloyd, Anglais, était venu habiter la France; il avait maison de commerce considérable, habitation à la ville, habitation à la campagne, et rentes sur l'État français : il se forma entre lui et une demoiselle Modeste Letellier, Française, une liaison d'où naquirent trois enfants, qu'il reconnut. Il promit plus tard à la mère de l'épouser avec communauté de biens. Cette déclaration n'était pourtant qu'un écrit privé. Un mariage en France suivit ces faits, et lors du mariage les trois enfants furent légitimés suivant la loi française, et nonobstant les usages d'Angleterre. Un an plus tard, Lloyd tenta de faire en Angleterre un autre établissement de commerce; mais il revint en France, y éleva sa famille, et mourut y laissant sa veuve et ses trois enfants. La question de communauté s'éleva encore, et la Cour la résolut en faveur de la femme.

Ces deux arrêts, parfaitement justes, ont été rendus dans des circonstances de fait bien favorables; et cependant on reconnaît que les avocats ont craint l'influence de ce brocard de droit : « que *le domicile du mari règle les conventions matrimoniales s'il n'y a pas de contrat de mariage.* » Ils ont plaidé que Breul, que Lloyd avaient un vrai domicile en France au temps de leur mariage; qu'à la vérité, et faute d'autorisation, ce domicile ne leur avait pas conféré les droits civils; mais que c'était du moins un domicile *du droit des gens*, suffisant pour faire présumer l'intention de soumettre les conventions matrimoniales à la loi française; et les motifs exprimés dans les arrêts reproduisent la même idée.

Pour nous, nous pensons que ce domicile *du droit des gens*, dont parlent nos arrêts, n'est autre chose que ce qu'on enten-

Digitized by Google

dait dans l'ancien droit par *domicile matrimonial*, lequel n'était pas toujours le domicile du mari.

Sous notre ancien droit, on ne confondait pas le *domicile matrimonial* avec *le domicile proprement dit*, ou domicile d'habitation.

Quant au domicile proprement dit, l'ancien droit était à peu près semblable au nouveau. La loi 7, au Code *de Incolis*, en fait une description qui ressemble beaucoup à notre article 102. Ce domicile s'acquérait par la simple intention jointe au fait de l'habitation (*facto et animo*), sans formalité quelconque; on ne le confondait pas avec le droit de bourgeoisie, qui conférait certains priviléges, et qui s'acquérait par un temps déterminé (à Paris, par un an d'établissement) : l'intention et le fait suffisaient au domicile : c'est notre droit actuel. Le *domicile civil*, ou domicile proprement dit, était celui où s'ouvrait la succession, quoiqu'on pût avoir ailleurs un domicile de dignité, quoiqu'on pût avoir droit de bourgeoisie dans plusieurs villes différentes.

Il y avait aussi un domicile *pour le mariage* (qu'il ne faut pas non plus confondre avec le *domicile matrimonial*, dont je vais parler) : c'était le temps de résidence effective dans une paroisse, nécessaire pour se dire paroissien et donner compétence au curé comme propre curé. Cette résidence, qui a varié sous le droit canonique, a été fixée à six mois par la loi des 20-25 septembre 1792, tit. 4, sect. 2, art. 2, pour donner compétence à l'officier de l'état civil; il en est de même du domicile pour le mariage sous le Code Napoléon, art. 74. Il peut se confondre avec le domicile réel; il peut en être séparé (C. Nap., art. 165, 166, 167); et quand il en est séparé, il ne produit d'autre effet que de donner compétence à l'officier de l'état civil; il ne sera utile ni pour les actions personnelles ni pour fixer le lieu de l'ouverture de la succession.

Enfin, ce qu'on appelait *domicile matrimonial* était le lieu où les futurs époux *projetaient de s'établir* aussitôt après le mariage, fût-il auparavant celui d'un des deux époux, fût-il étranger alors au domicile de chacun des époux.

Ainsi il y avait différence entre le *domicile civil* et le *domicile matrionial :* le domicile civil étant toujours et actuellement le chef-lieu des affaires, « *Ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit,* » s'acquérait *animo et facto;* le *do-*

Digitized by Google

micile matrimonial, au contraire, pouvant être le lieu où les futurs époux voulaient fixer leurs nouveaux pénates, projet susceptible de n'être jamais réalisé, pouvait donc s'acquérir seulement par l'intention commune, *animo tàntum absque facto :* l'intention suffisait; la réalisation du fait n'était pas pas nécessaire, car les événements pouvaient déranger le projet d'habitation nouvelle, et ce projet n'en était pas moins dans la volonté des époux au temps du mariage.

Le domicile civil était *locus habitationis statutæ.*

Le domicile matrimonial, *locus habitationis destinatæ.*

Cette distinction était nécessaire dans la variété des coutumes et des pays de droit écrit, les unes établissant de plein droit communauté de biens, douaires, etc., les autres excluant la communauté, mais établissant certains gains de survie.

Le Code Napoléon n'avait plus à s'occuper du *domicile matrimonial;* car cette désignation est devenue inutile dans les mariages entre Français, puisque les conventions matrimoniales sont toujours fixées entre eux avant le mariage, soit par un contrat, soit par le titre de la communauté légale, qui est l'unique convention des Français se mariant sans contrats.

Mais les mariages entre Français et étrangers étant permis et réglés quant au lien et quant à la forme par nos lois civiles (C. Nap., 170 et 171), comment s'en régleront les conventions matrimoniales, quand elles seront tacites ou incomplètes ? Il faudra donc recourir nécessairement à l'ancienne doctrine du *domicile matrimonial*, et faire entre Français et étrangers ce qu'on faisait entre époux français de provinces différentes.

Comme ce *domicile matrimonial* (*locus habitationis destinatæ*) n'était point réglé par des textes législatifs, il était souvent difficile de le déterminer.

Pas de difficulté s'il y avait eu un contrat de mariage, et que ce contrat exprimât sous quel droit municipal les époux entendaient se marier.

Si le contrat de mariage ne désignait pas nommément la coutume qui régirait l'association conjugale, les stipulations particulières conduisaient quelquefois à la faire connaître. Par exemple, si un Parisien se fût marié en pays de droit écrit, et qu'il eût dans son contrat de mariage assuré à sa femme un douaire préfix qui serait propre aux enfants du mariage, on en aurait conclu que Paris était le domicile matrimonial, parce

Digitized by Google

que la stipulation de douaire propre aux enfants répugnait aux pays de droit écrit; de même, quoique le contrat se fît à Paris, avec stipulation que tous les biens de la femme seraient paraphernaux, on en aurait induit que la femme se mariait sous les lois de sa province, parce qu'il n'y avait pas de paraphernaux dans les provinces françaises.

Mais s'il n'y avait pas de contrat de mariage, alors la difficulté devenait plus grande, et elle l'est devenue d'autant plus qu'on a mal posé la question. Les auteurs se demandaient à quelle loi les époux étaient censés s'en être référés, à la loi du domicile du mari, à la loi du domicile de la femme, ou à la loi du lieu de la célébration du mariage? Qu'on lise là-dessus tout ce qu'ont écrit les jurisconsultes, Rodenburgh, Froland, Voët, le président Bouhier, Boulenois, Merlin lui-même, on n'y trouvera qu'incertitude.

Toute l'incertitude est née de deux causes : l'incorrection forcée du langage, la position de la question.

La première cause d'erreur et d'incertitude est dans l'incorrection forcée du langage : ils n'appellent pas toujours *domicile matrimonial* le lieu où les époux avaient à l'époque du mariage l'intention de se fixer; ils l'appellent souvent domicile marital, domicile du mari (*domicilium mariti*). Comme le cas le plus fréquent est que l'épouse y doive être conduite, on citera une foule d'auteurs en faveur du domicile du mari qui entendaient pourtant désigner par là non-seulement l'ancienne demeure du mari, mais encore le domicile que le mari choisira au jour du mariage, même par destination nouvelle.

La seconde cause d'incertitude, c'est que la question telle qu'on la posait : « Quelle loi doit-on suivre, à défaut de con-» ventions matrimoniales rédigées par notaires, celle du pays » du mari, de la femme ou du lieu du contrat? » est une question mal posée.

En effet, elle n'était pas assez générale. On pouvait se marier dans un lieu qui n'était ni le pays du mari, ni le pays de la femme, et où on n'avait pas l'intention actuelle de s'établir.

La vraie position de la question était donc celle-ci : « Quel » est le *domicile matrimonial* de deux époux qui se marient » sans contrat de mariage? » Dumoulin s'est chargé de la réponse dans ses Annotations sur le *Commentaire de Bourgogne*, par Chasseneux : « Ne faites pas de distinction, et dites simple-

Digitized by Google

» ment qu'en ce qui concerne les effets du mariage et la déter-
» mination des droits respectifs et particuliers des époux, lors-
» qu'ils n'ont point été spécifiés par un contrat de mariage et
» qu'on n'a pas fait relation à une coutume déterminée, on con-
» sidère uniquement le lieu du domicile d'habitation que le
» mari se destinait au temps même du mariage. *Dic indistinctè*
» *quod ad effectum et ad decisionem jurium matrimonii, ubi*
» *non fuit specificatum nec facta relatio ad alium certum (lo-*
» *cum), inspicietur locus domicilii* HABITATIONIS *viri* DESTINATÆ
» *tempore matrimonii.* »

Dumoulin revient ailleurs sur ce point. Dans une explication sur la loi 1, C. *de Summâ Trinitate*, il emploie les mots « *locus domicilii viri.* » Cela veut-il dire le lieu où le mari a son domicile au temps du mariage? Oui, si le mari a intention d'y faire venir sa femme. Non, si au temps du mariage il a l'intention d'habiter avec elle un autre lieu. « Les lois parlent, dit-il, de
» ce domicile spécial auquel la femme doit passer prochaine-
» ment comme condition du mariage, suivant l'état actuel des
» choses; elles parlent du lieu d'habitation prévu et entendu
» entre les parties pour le commencement du mariage, non du
» domicile que le mari pourra avoir dans l'avenir. » *Loquitur de certo illo domicilio ad quod ipsa mulier per conditionem matrimonii, ergo rebus sic stantibus, erat transitura. Ergo intelligitur de primo, tunc prœviso et intellecto, non de posteriori...*

Puisque d'un côté le domicile matrimonial est au lieu où les époux ont en vue de s'établir au temps du mariage, et que les étrangers, grâce à l'hospitalité française, jouissent en France de la faculté de résider, d'habiter, d'exercer leur industrie et de former des établissements, même sans avoir ni les droits civils ni le droit du domicile proprement dit, il faut prendre pour maxime que toutes les fois qu'il résultera des circonstances de fait qu'au temps du mariage, le mari étranger épousant une Française aura manifesté l'intention d'établir son ménage en France, le domicile matrimonial est alors formé en France, et que la femme et le mari se trouvent pour toutes les suites du mariage contracté en France sous l'empire de la loi française; conséquemment qu'il y a entre eux communauté de biens meubles et d'acquêts immobiliers.

Il faut en conclure qu'il n'est pas besoin pour cela du con-

Digitized by Google

cours extraordinaire de circonstances qui se sont rencontrées aux arrêts Breul et Lloyd.

Des circonstances bien plus simples suffisent pour caractériser le domicile matrimonial : on doit, selon nous, voir des circonstances suffisantes dans les faits caractérisques d'un établissement en France possédé au temps du mariage, quelque modique, quelque humble qu'il soit : c'est là le sort que la femme a voulu partager, on le verrait dans les préparatifs d'un établissement dans lequel le mari n'entrerait pourtant qu'après le mariage ; même dans les faits qui auront suivi peu après le mariage, la location d'une boutique, d'une ferme, l'acquisition d'une petite industrie, comme d'un fonds de porteur d'eau, car les faits qui suivent presque immédiatement le mariage explipliquent les desseins qu'on avait formés auparavant ; enfin il semble qu'un ouvrier étranger qui épouse une femme française, mais établie, a pour domicile matrimonial le lieu même où sa femme exerce son industrie. Parmi les gens de médiocre état, le fait du mariage marque la volonté de se fixer au lieu même où ils se marient. L'étranger qui se marie en France et qui s'y trouve placé, a, aux yeux de sa femme, l'intention de s'établir là où ils voient de quoi suffire aux besoins de leur condition ; par conséquent il n'est pas nécessaire que le mari ait un domicile du droit des gens au temps du mariage : il suffit que les deux parties aient *en vue* un établissement préparé en France pour qu'il y ait *domicile matrimonial* en France, et par conséquent communauté de biens, si l'on ne fait pas de contrat. Telle nous semble être la jurisprudence qu'il est à désirer de voir adopter : sinon les filles des classes peu aisées seront toutes trompées dans leurs prévisions raisonnables, si elles épousent des Savoisiens, des Piémontais, ou d'autres émigrants des pays où la communauté n'est pas établie. Or comme la convention est censée faite avant le consentement du mariage civil, il faut tenir compte à la femme de ce qu'elle est encore Française au moment où elle contracte.

II. — (Caen, 21 mai 1851. *Dev. et Car.*, 54, 2, 91 ; *Pal.*, t. II, de 1853, p. 224. — Agen, 3 décembre 1852. *Dev. et Car.*, 54, 2, 92 ; *Pal.*, t. II, de 1853, p. 225.) — Voilà deux arrêts qui ont tous deux décidé qu'un mari qui avait concouru par une simple autorisation maritale à la vente d'un immeuble paraphernal de la femme dotale, était responsable envers

Digitized by Google

elle du défaut d'emploi : et certes ce sont là de bonnes décisions.

Je m'y arrêterai pourtant : car je vois par ces deux arrêts et par ceux qu'on a recueillis sur la matière qu'il y a tendance à considérer la position de la femme dotale, quant à ses biens paraphernaux, comme celle d'une femme séparée de biens sous le régime de la communauté : or je crois que la femme mariée sous le régime dotal, tant qu'elle n'est pas séparée de biens, est encore plus protégée, quant au remploi, que la femme mariée sous le régime de la communauté et réduite à la séparation.

Je ne critique donc pas les arrêts dont je viens de parler; je crains leur influence, parce que nous avons la manie de prendre les motifs des arrêts comme des raisons de décider; nous les groupons, nous en déduisons des règles générales, et nous changeons l'état du droit : en un mot, nous violons sans cesse cette règle de la logique : « Il est défendu de conclure du particulier au général. »

Voyons d'abord l'état de la jurisprudence.

Un arrêt de la Cour de Besançon, du 27 février 1811 (aff. *Thomas*), a condamné le père a payer à ses enfants, héritiers de leur mère, mariée sous le régime dotal avant le Code civil, une somme de 7,800 francs provenant d'une vente d'immeuble paraphernal faite depuis le Code avec autorisation du mari. L'arrêt se fonde principalement sur l'article 1450, en disant « que cet article 1450 rendant le mari responsable du remploi » des biens immeubles de la femme séparée sans distinction, » embrasse la séparation *partielle* résultant des biens paraphernaux aussi bien que la séparation *générale* stipulée par contrat » de mariage ou prononcée par justice. »

Un arrêt de Limoges, du 22 juin 1828 (aff. *Reyjolas*), a aussi condamné le mari au payement envers les héritiers de la femme, faute de prouver l'emploi de 10,000 francs, prix de vente d'immeubles paraphernaux, qui avait été payé à la femme par quittance notariée à laquelle le mari avait comparu pour l'autoriser. Il invoque la même raison de décider.

Un arrêt de la Cour d'Aix, du 1er décembre 1851 (aff. *veuve Eiglier*), a professé la même doctrine, mais en rejetant la demande de la veuve parce qu'en fait, celle-ci avait en main ou à sa disposition la somme réclamée.

Digitized by Google

C'est toujours autour de cet art. 1450 que combattent les deux opinions. Ceux qui prétendent que le mari n'est pas tenu du remploi soutiennent que l'art. 1450 est étranger à la matière des paraphernaux.

La Cour de Toulouse a repoussé la doctrine que le mari fût tenu du remploi des paraphernaux par un arrêt du 27 mars 1840 (aff. *Pechverty*) pour une soulte de 1,450 fr. provenant d'un échange, reçue par la femme avec l'autorisation du mari, en constatant d'abord en fait que rien n'établissait sérieusement que le mari eût profité de la somme, et en droit que l'art. 1450 était inapplicable aux biens paraphernaux.

Un autre arrêt de la Cour d'Agen, du 31 juin 1832 (visé dans le jugement de Cahors sur lequel est intervenu l'arrêt de la même Cour, du 3 décembre 1852), avait adopté la doctrine de la Cour de Toulouse; mais il paraît que dans l'espèce il y avait eu séparation de corps, et que les faits n'établissaient pas que le mari eût profité en tout ou partie de la somme.

Le 3 juillet 1849, arrêt de la Cour de Montpellier (aff. *Robert*) relativement aux reprises de la dame Robert, dans le même sens que la Cour de Toulouse. Le mariage avait été célébré sans contrat dans l'ancienne province du Rouergue. D'après les principes du parlement de Toulouse, il y avait bien régime dotal, mais les biens de la femme n'étaient que paraphernaux faute de constitution. La dame Robert soutenait que ces biens étaient dotaux, et en réclamait le prix en produisant à un ordre. La Cour de Montpellier reconnut que les biens de la femme vendus par elle avec l'autorisation du mari étaient paraphernaux; mais en même temps elle lui refusa l'hypothèque légale du jour de l'aliénation, parce qu'elle n'était pas, pour ce, créancière de son mari, et que le droit de créance n'aurait pu commencer tout au plus que du jour de la réception des deniers par le mari, temps ou l'hypothèque n'aurait pu s'exercer en ordre utile. Dans le pourvoi qu'elle dirigea contre cet arrêt, elle se plaignit de la violation, non-seulement de l'artticle 2135, mais encore de celle de l'article 1450.—Arrêt de cassation de ce chef le 27 avril 1852, et l'affaire portée à la Cour de Paris en audience solennelle, un arrêt du 7 mai 1853 a ordonné la collocation de la femme à la date des aliénations.

Tel est le droit : le mari qui autorise sa femme à aliéner un immeuble paraphernal est garant du remploi; mais s'il ne l'est

Digitized by Google

qu'en vertu de l'art. 1450 du Code Napoléon, les aliénations de valeurs mobilières ruineront la femme sans recours; et telle sera la conséquence funeste du principe de séparation *partielle* opposé à séparation *générale* déposé dans l'arrêt de Besançon, et de la maxime de Zachariæ (t. III, p. 610 de la traduction de MM. Aubry et Rau) : « La femme mariée sous le régime dotal est placée, quant à ses biens paraphernaux, dans une position *absolument analogue* à celle où se trouve, relativement à son patrimoine en général, la femme séparée de biens. »

C'est une division brillante, que celle de séparation *partielle* et de séparation *générale;* mais elle est fausse : car, avec ce langage, la femme mariée avec *clause de réalisation* serait *partiellement* séparée de biens ; et la femme commune serait séparée de biens pour ses propres immobiliers. Il n'y a pas séparation de biens par cela seul que les biens ne sont pas confondus et qu'il peut y avoir entre l'un et l'autre époux des intérêts distincts.

Je ne nie pas l'analogie entre les biens paraphernaux et les biens de la femme séparée : je nie l'étendue de cette analogie. *Analogie absolue* sont deux mots qui ne peuvent s'allier : ils conduisent à l'identité ; ils confondent les êtres.

Pour bien comprendre la question, il faut remonter aux principes généraux.

La protection du mari, la soumission de la femme (C. N. 213), toutes deux de droit naturel, ont leur effet civil sur les biens. De là, le devoir du mari de veiller à la conservation des biens de la femme, quel que soit le régime matrimonial ; de là, pour la femme, l'obligation de demander l'autorisation du mari pour tout acte que la loi ne lui donne pas le droit de faire seule (art. 217).

La Cour de cassation ne s'y est pas trompée dans son arrêt du 27 avril 1852. Si elle a concentré ses motifs sur l'art. 1450, parce que c'était sur la violation de cet article qu'on avait formé le pourvoi, elle a du moins signalé que le droit de la femme reposait sur des principes plus généraux : « L'art. 1450, a-t-elle » dit, dérive de la nature même de la société conjugale et des » rapports des époux entre eux : la responsabilité du mari est » la conséquence légitime de l'autorité qui lui est attribuée par » l'art. 217 et des devoirs de surveillance et de protection qu'elle » lui impose. »

La règle des remplois et de leur forme est la conséquence de l'obligation du mari de protéger sa femme : elle n'est pas née

Digitized by Google

des coutumes, quoiqu'elle y ait été insérée tardivement. L'ancienne maxime coutumière était, « qu'un mari ne pouvait se lever trop tôt pour vendre le bien de sa femme. » C'est donc la jurisprudence qui a produit la réformation : c'est l'équité judiciaire qui a contraint le mari à répondre sur tous ses biens du défaut de remploi, quand il avait autorisé les aliénations.

C'est tellement l'équité judiciaire qui a tiré, de la protection légalement due par le mari à sa femme suivant l'art. 213, la règle que le mari est garant du défaut d'emploi ou de remploi, que cette règle ne se trouve même pas spécialement écrite dans le Code. Elle y est supposée, tant elle est générale à tous les régimes! Et si l'on trouve quelque chose qui s'y rapporte dans les art. 1433 et suivants, c'est pour appliquer le principe aux biens de la communauté, quand le remploi n'aura pas été fait ou pour fixer dans quel cas il est censé effectué : ce n'est pas pour poser le principe. Pourquoi ce silence? Parce que dans les cas ordinaires, sans acception de régime, le mari tient de sa qualité un mandat légal de surveillance et de conservation sur tous les biens personnels à sa femme ; qu'il lui est loisible de choisir le moment favorable pour le remploi, et qu'en sa qualité de chef du ménage, il peut se servir des deniers. Il est, quant à ce, mandataire légal, comme le tuteur l'est du pupille, et, par une conséquence des pouvoirs qu'il tient des art. 213 et 217, il est soumis comme le tuteur à la responsabilité de l'art. 1992. — Il n'y avait donc rien à écrire sur sa responsabilité envers sa femme. — Au contraire, l'art. 1450 était nécessaire parce que les obligations et les pouvoirs du mari étant restreints par la séparation de corps et de biens, ou par la séparation de biens, il devenait nécessaire d'écrire un texte pour limiter sa responsabilité. Le droit général est dans les art. 213, 217 et 1992 ; l'exception est dans l'art. 1450. C'est une loi restrictive.

D'où il suit que tout ce qui est écrit dans le Code sur les remplois, leur forme, la nécessité d'acceptation du remploi par la femme, non-seulement quand il s'agit de la séparation de biens, mais même quand il s'agit d'époux vivant en communauté, se trouve affecter les époux mariés sous le régime dotal. C'est le droit commun, parce qu'il découle des devoirs réciproques, et que les devoirs réciproques existent sous les deux régimes.

Ces devoirs, ai-je dit, *affectent* la personne des époux, même sous le régime dotal : d'où cette conséquence, que même dans

Digitized by Google

le cas où le mariage a précédé le Code civil, il n'y a plus à examiner l'ancien droit ni à rechercher si la femme était autrefois indépendante de la volonté de son mari pour aliéner. Depuis le Code, sa personnalité et sa capacité sont affectées par l'art. 217. Cet article est une loi personnelle, qui, depuis qu'elle est devenue exécutoire, a mis un frein salutaire à la liberté de la femme qui possède des paraphernaux : donc, il n'y a aucune distinction à faire en droit pour les mariages qui ont précédé ou suivi le Code civil. C'est ce qui résulte des arrêts de Besançon du 27 février 1811, de l'arrêt de Limoges du 22 juin 1828 et de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 avril 1852.

Y aura-t-il une différence à faire entre les paraphernaux mobiliers et les paraphernaux immobiliers ? selon moi, c'est là que tendrait cette allégation continuelle de l'art. 1450.

Disons hardiment que non : la paraphernalité n'est pas une séparation partielle de biens : la femme dotale est avec ses paraphernaux dans la même position qu'une femme commune, qui se serait réservée par contrat de mariage, le droit d'administrer ses propres. Elle n'a pas le droit d'en disposer.

Elle est donc soumise à l'obligation de l'autorisation maritale, et pour aliéner son mobilier et pour en faire un nouveau placement. Quand elle a vendu des rentes, par exemple, elle ne peut pas en disperser le prix. Le mari, tant qu'il n'est pas séparé de biens, est le dépositaire naturel et légal des biens mobiliers que la femme dotale peut avoir à employer ou à placer comme paraphernaux. La femme ne peut faire un placement sans l'autorisation de son mari ou de justice, car, bailler des deniers, livrer une chose fongible, c'est l'aliéner ; et toute aliénation, même mobilière, est défendue à la femme dotale, non séparée de biens, sur ses paraphernaux, à moins d'autorisation maritale ou judiciaire. Telle est la grande différence entre sa capacité et la capacité de la femme séparée.

La femme séparée de biens par justice a la *libre* administration de ses biens, meubles et immeubles ; elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner sans le concours du mari ni de la justice (C. N. 1449).

La femme contractuellement séparée peut avoir une liberté aussi grande par les dispositions de son contrat de mariage (C. N. 1536 et 1538). Le concours du mari est toujours nécessaire pour l'aliénation de ses immeubles.

Digitized by Google

D'où il suit qu'envers la femme séparée de biens, le mari n'est responsable du défaut de remploi que pour les prix d'immeubles ; il serait injuste de lui imposer une responsabilité pour des capitaux mobiliers qui échappent à sa surveillance. D'ailleurs, les rapports conjugaux ne sont plus aussi confiants quand la femme a fait relâcher l'autorité maritale quant aux biens.

Mais la femme dotale qui possède des paraphernaux mobiliers n'en doit pas avoir la disposition : le mari, n'y eût-il pas de société d'acquêts, a un intérêt comme chef du ménage à veiller à la conservation des capitaux. Que sera-ce donc s'il y a une société d'acquêts jointe au régime dotal ?

Donc, si la jurisprudence bornait la responsabilité maritale au remploi des immeubles paraphernaux, conformément à l'article 1450, elle la limiterait en deçà de la loi, contre l'intérêt des femmes et contre la dignité du mari.

Quand le mariage a été fait sous le régime dotal, que la femme a des paraphernaux mobiliers et immobiliers, et qu'elle a été forcée d'employer le remède de la séparation de biens contre les prodigalités du mari, elle a droit d'aliéner son mobilier paraphernal comme la femme commune réduite à la séparation ; l'article 1449 est ainsi commun aux deux régimes. Dans ce cas, c'est nécessairement l'article 1450 qui régit la matière, et le mari contre qui la séparation de biens a été prononcée, n'est plus dans l'avenir responsable du remploi des aliénations mobilières faites avec ou sans son autorisation.

III. — (Paris, 18 *février* 1854. *Dev. et Car.*, 54, 2, 86 ; *P.*, t. Ier de 1854, p. 220. — Amiens, 30 *juin* 1853. *Dev. et Car.*, 54, 2, 84 ; *P.*, t. II de 1853, p. 503.) — Voilà deux arrêts en sens contraire sur une question importante.

Une loi du 6 décembre 1850 a apporté une grave addition à l'art. 313 du Code civil. Il portait dans sa rédaction de 1803 : « Le mari ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, » désavouer l'enfant : il ne pourra le désavouer même pour cause » d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, au- » quel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à jus- » tifier qu'il n'en est pas le père. » — A ce point, se bornait le désaveu pour impossibilité morale de paternité.

La loi du 6 décembre 1850 a ajouté à cet article le paragraphe suivant, qui, par la volonté du législateur, est encastré dans l'article 313 et fait un même corps avec ledit article.

Digitized by Google

« En cas de séparation de corps prononcée ou même demandée, le mari pourra désavouer l'enfant né trois cents jours » après l'ordonnance du président rendue aux termes de l'article 878 du Code de procédure civile et moins de cent quatre-» vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis » la réconciliation. L'action ne sera pas admise, s'il y a eu réu-» nion de fait entre les époux. »

Ce paragraphe nouveau signifie-t-il seulement que dans ce cas, et après le désaveu, le mari sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant né dans la période signalée par la loi?

Ou bien signifie-t-il que dès qu'il a proposé son désaveu, le mari, sans alléguer aucun fait, est tenu seulement de prouver que l'enfant est né depuis la séparation de corps, sauf la preuve de la réunion de fait entre les époux, laquelle tomberait exclusivement à la charge de la femme ou de l'enfant?

Il y a dissentiment profond sur cette question entre les deux arrêts qu'on a recueillis; dissentiment profond entre les jurisconsultes.

Marcadé, sur l'art. 313, dans sa 5e édition, n° 4, dit : « Cette » disposition nouvelle permet au mari, non point de faire tom-» ber la présomption de paternité par une simple dénégation, » mais de faire preuve contre la présomption de la loi en pro-» posant tous faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de » l'enfant, c'est-à-dire que le nouveau paragraphe de notre ar-» ticle place le mari en cas de séparation de corps, *dans la posi-» tion où le mettait le* § 1er, alors qu'il y avait preuve faite de » l'adultère de la femme et du recel de la naissance. »

MM. Massé et Vergé, dans les notes de leur nouvelle traduction de Zachariæ, disent que la présomption de paternité continue après le désaveu, mais que le mari peut prouver sa non-paternité par tous les moyens possibles.

M. P. Gilbert, dans une excellente dissertation insérée au Recueil de MM. Devilleneuve et Carette (*au lieu cité*), raconte l'histoire de la formation de la loi, l'examine, cherche à démontrer, et même démontre qu'on ne peut se rendre un compte exact du changement apporté à ce paragraphe dans sa rédaction définitive; il conclut en mettant la preuve de la non-paternité à la charge du mari, qui ne sera pas tenu, il est vrai, de la preuve

Digitized by Google

d'une négation, mais de la preuve de faits positifs excluant la possibilité d'un rapprochement physique.

Il faut convenir que cette opinion est séduisante et qu'elle s'appuie sur la manière dont la loi s'est formée.

Depuis l'abolition du divorce par la loi du 16 mai 1816, on a deux fois voulu délivrer les maris séparés de corps de la crainte de voir admettre le fruit de l'adultère au nombre de leurs héritiers. Un projet de loi du 28 décembre 1816 proposa de faire cesser pendant la durée de la séparation de corps la présomption de paternité résultant du mariage; un autre projet de M. le président Boyer, présenté à la Chambre des Pairs, dont il était membre, et renvoyé à une commission dont M. Tripier fut rapporteur, ne faisait cesser la présomption de paternité pendant la séparation de corps, qu'en cas de désaveu; mais le simple désaveu suffisait : le mari n'était pas tenu des preuves exigées par l'article 312, ni de la condition d'intenter une action exigée par l'article 318. Aussitôt après le désaveu, de demandeur, il devenait défendeur et n'avait rien à demander ni à prouver. On sait qu'il ne fut jamais statué définitivement ni sur l'un ni sur l'autre de ces projets de loi.

En 1850, M. Demante proposa un projet de loi qui fut pris en considération, et renvoyé à une commission dont il fut nommé rapporteur : il consistait dans *l'addition* à faire à l'article 313 d'un second paragraphe ainsi conçu : « Le même droit » appartiendra au mari, indépendamment du recel de la nais- » sance, si les époux sont séparés de corps, ou même s'il y a » seulement instance en séparation, pourvu que l'enfant soit né » trois cents jours après l'ordonnance du président, rendue aux » termes de l'article 378 du Code de procédure civile, et moins » de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la de- » mande ou depuis la réconciliation. » Ici se bornait le projet.

La différence entre le projet et le second paragraphe définitif est dans le commencement et la fin.

Tel qu'il était proposé, il signifiait, par relation au § 1er de l'article 313, que le droit *d'être admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'était pas le père de l'enfant*, et par conséquent de le désavouer à la charge de cette preuve, était rendu commun au mari soit qu'il fût séparé de corps, soit qu'il y ait ou qu'il y ait eu instance engagée à ce sujet, pourvu que la naissance fût postérieure de trois cents jours à celui de l'or-

Digitized by Google

donnance, ou qu'il ne se fût pas écoulé cent quatre-vingts jours depuis le rejet de la demande ou depuis la réconciliation.

Dans le sens que présentait nettement le projet, le mari désavouant avait deux preuves à faire ; 1° la preuve de la naissance en temps illégal; 2° la preuve des faits propres à justifier qu'il n'était pas le père, ce qui comprend en soi par voie de conséquence nécessaire la preuve qu'il y a adultère de la femme, car, même dans le cas du § 1er où le mari était tenu d'établir, en outre, que la naissance de l'enfant lui avait été cachée, il n'était pas nécessaire qu'il fît la preuve préalable de l'adultère; elle résultait de la vérification des faits excluant la paternité. (V. *Cass.*, 8 juillet 1812; *Rejet*, 15 janvier 1831; *Rejet*, 9 mai 1838.)

Un rapport lumineux de M. Demante mettait le sens du projet dans tout son jour. « Il n'était plus question, disait-il, de *faire* » *cesser* de plein droit la présomption de paternité suite du ma- » riage (comme dans le projet de 1816). Le mariage subsistant, » le commerce des époux est licite. Tout autre commerce con- » stituerait un adultère; donc, la loi, qui ne peut supposer le » mal, doit, s'il naît un enfant, présumer la paternité du mari. » Il n'était pas question non plus d'attribuer au simple désaveu » un effet péremptoire (comme dans le travail de la commission » de la Chambre des Pairs en 1834). La présomption légale peut » bien en principe admettre la preuve contraire, mais puis- » qu'elle dispense de toute preuve celui en faveur de qui elle » existe, elle ne doit pas tomber devant une simple dénégation » de l'adversaire. Seulement, tandis que, dans l'état normal du » mariage, la force de la présomption est telle qu'elle n'admet » pas toute espèce de preuve contraire, il convient ici, *parce* » *que le commerce des époux est moins probable*, d'autoriser à » faire cette preuve *par tous les moyens possibles*. »

Rien de plus clair. Le mari pourra désavouer après séparation de corps prononcée ou demandée, mais il sera tenu de faire preuve des faits justificatifs de non-paternité.

Un incident législatif survint. A-t-il ou n'a-t-il pas dérangé le système et la portée de la loi? La solution de cette question amènera le choix entre la doctrine contraire des deux arrêts dont nous parlerons bientôt.

La première et la seconde lecture du projet sur la proposition de M. Demante se firent à l'Assemblée législative, sans discours

Digitized by Google

de part ni d'autre, que son rapport. Elles eurent lieu le 15 et le 22 novembre 1850.

A la troisième lecture, le 6 décembre, MM. de Vatimesnil et Valette présentèrent un amendement (j'en fais le récit suivant le *Moniteur*, cité par M. P. Gilbert). « L'action en désaveu ne » sera pas admise, s'il y a eu réunion de fait entre les époux. » Et la commission ayant déclaré, par l'organe de son rapporteur, qu'elle acceptait l'amendement, le président (M. Daru) dit : Je consulte l'Assemblée sur cet amendement qui deviendrait, en cas d'adoption, une disposition du projet de loi définitif; l'assemblée adopta l'amendement. Puis la loi fut définitivement votée, *sans aucune* discussion ni explication de la part des auteurs de l'amendement, et dans les termes de sa rédaction (primitive, car tel est le sens de M. Gilbert) dont le président avait préalablement donné lecture à l'Assemblée, comme en fait foi le *Moniteur*, p. 3484.

Et cependant cette loi a été promulguée dans des termes tout différents (de la proposition de M. Demante) : « *En cas de séparation de corps prononcée, ou même demandée*, y est-il dit, *le mari pourra désavouer l'enfant*, etc., etc. »

Après cet historique, M. Gilbert se pose la question de savoir comment expliquer le changement de rédaction du commencement. Il pense que l'article 313, auquel on rattachait la disposition nouvelle, s'exprimant ainsi : « Le mari NE POURRA désavouer... », il n'était plus possible de dire ensuite : « Le même droit (de désaveu) APPARTIENDRA au mari. » Cette disposition nouvelle, rédigée sous forme *affirmative*, ne pouvait cadrer à la suite de la disposition ancienne conçue sous forme *négative;* de là, nécessité pour les secrétaires de l'Assemblée de modifier le texte, sans tirer à conséquence : de sorte qu'il faut entendre la loi dans le même esprit que le rapport, et comme si elle contenait encore le texte primitif.

Ceci paraît raisonnable : il est très-vrai qu'il s'est introduit quelquefois des changements de rédaction entre le décret d'une loi et sa sanction ou promulgation. Or, le légiste peut bien penser que ces changements n'étant pas l'œuvre de la législature, la loi doit conserver le sens qu'elle a eu dans sa rédaction primitive et dans le rapport sous l'influence duquel elle a été votée.

On peut remarquer d'ailleurs que ce n'est pas l'article 312

Digitized by Google

qui a été modifié, et certes rien n'empêchait d'y renvoyer. C'est l'article 312 qui modifiait le rapport de M. Tripier en 1834; or, notre loi ajoute un paragraphe à l'article 313; le second paragraphe de l'article 313 doit donc emporter l'obligation par le mari désavouant de faire preuve par tous les moyens possibles des faits improbatifs de la présomption de paternité, comme dans le cas du § 1er du même article 313.

On se méprendrait donc en disant que l'action en désaveu du mari doit être admise sans faits justificatifs de non-paternité, et que la seule ressource de la femme ou du tuteur *ad hoc* de l'enfant est de prouver la réunion de fait entre les époux, conformément à l'amendement. En effet, continue M. Gilbert, « le » législateur a voulu établir une exception péremptoire contre » l'action du mari dans le cas d'une réunion de fait entre lui et » son épouse; il a voulu que du moment où cette réunion serait » prouvée (et c'est sans nul doute à la femme à faire cette preuve » comme demanderesse dans son exception), le désaveu fût par » cela même écarté, et cela sans que le mari pût alors être » admis à proposer aucuns faits propres à justifier qu'il n'est pas » le père de l'enfant. Mais il ne suit pas de là, ajoute-t-il, que » quand la femme n'oppose pas au mari cette exception, ou que, » l'ayant opposée, elle ne parvient pas à la preuve de la réunion » de fait, le mari n'ait de son côté aucune preuve à faire pour » justifier son désaveu : les principes généraux de la matière » n'en restent pas moins dans toute leur force, savoir : la pré- » somption de paternité contre le mari et l'obligation pour lui » de détruire cette présomption. Dans l'opinion opposée, on » retournerait contre la femme une disposition qui n'a, au con- » traire, été ajoutée au texte primitif que dans le but de lui » offrir un moyen pour repousser immédiatement l'action de son » mari. »

En deux mots, dans cette opinion, il ne faut pas tenir compte de la rédaction du paragraphe dans son commencement; elle est erronée et contraire au vote de la législature, et la disposition finale n'a pour objet que d'empêcher l'articulation de faits, peut-être calomnieux, au moins inutiles, et non de débarrasser le mari de prouver les faits qui infirment la présomption de paternité.

C'est ainsi que la Cour d'Amiens a entendu la loi. Les époux Turquet étaient séparés de corps depuis 1850. Le 21 octobre 1852,

Digitized by Google

naissance d'un enfant que la dame Turquet fit inscrire comme né d'elle et de son mari. Le 30 du même mois, désaveu par le mari; puis action dans les délais de l'article 318 devant le tribunal civil de Péronne. En première instance, la dame Turquet soutenait, d'une part, que le mari était tenu de prouver les faits justificatifs de la non-paternité; et, d'autre part, elle offrait de prouver les rapprochements qui avaient eu lieu entre elle et son mari dans l'intervalle compétent. Les premiers juges, en admettant cette preuve, préjugèrent la première question et déclarèrent le mari exempt d'articuler aucun fait. Sur l'appel, le jugement fut infirmé, en ce qu'il avait déchargé le mari d'articuler les faits propres à établir qu'il n'était point le père de l'enfant; mais comme les faits de réunion entre les époux, s'ils étaient prouvés, repousseraient l'action par une fin de non-recevoir, la Cour, avant de faire droit au principal, a ordonné la preuve des faits invoqués par la dame Turquet.

La Cour impériale de Paris a entendu tout autrement ce paragraphe additionnel. Le sieur Ferdinand était séparé de corps depuis quatre ans. Ayant conçu des doutes sur la conduite de sa femme, il l'épia, et la fit condamner correctionnellement à six mois d'emprisonnement pour adultère : la femme était enceinte et la condamnation eut lieu pendant la grossesse. A la naissance de l'enfant, le mari le désavoua. Le tribunal de Bar-sur-Aube admit le désaveu, et la Cour confirma le jugement, non-seulement à cause des faits, mais en droit, « parce que l'action en » désaveu (dans le cas du § 2 ajouté à l'article 313 du Code Napo- » léon par la loi du 6 décembre 1850) ne peut être écarté *que par* » *la preuve d'une réunion de fait* entre les époux, et que l'objet » de la loi du 6 décembre 1850 a été de rejeter sur la femme sé- » parée de corps la preuve des circonstances propres à éloigner » le soupçon d'adultère. »

La doctrine est opposée entre les deux arrêts.

M. Duvergier avait déjà professé, dans sa *Collection des Lois*, 1850, p. 473, la doctrine que la Cour de Paris vient de sanctionner. Il y convient que si la loi était demeurée dans les termes du projet, le mari aurait été tenu de prouver les faits justificatifs de la non-paternité : il paraît même disposé à convenir que l'amendement tout seul n'aurait pas changé le sens et l'esprit de la loi, s'il s'était borné à la phrase finale; mais il raconte différemment le changement survenu dans le reste de la rédaction.

Digitized by Google

« Lors de la troisième lecture, dit-il, MM. de Vatimesnil et » Valette ont présenté *une nouvelle rédaction.* Cette rédaction, » *qui est celle du texte*, a été *acceptée* par la commission et *votée* » immédiatement par l'assemblée. Aucune explication n'a été » donnée ni par les auteurs de l'amendement ni par l'organe de » la commission.

» Les auteurs de l'amendement (c'est-à-dire de la rédaction » nouvelle, dans le sens de M. Duvergier) *ont pensé* qu'il fallait » donner à l'impossibilité morale résultant de la séparation pro- » noncée ou même demandée un effet plus étendu (que ne le » voulait le projet de loi), et affranchir le mari des deux condi- » tions (prescrites par le § 1er) : de la preuve de l'adultère et de » la preuve des faits justificatifs de non-paternité ; ils *ont pensé* » que pour faire écarter la présomption de paternité que l'exis- » tence du mariage laisse subsister contre lui, il suffirait qu'il » établît que l'enfant est né trois cents jours après l'ordonnance » du président, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le » rejet de la demande ou depuis la réconciliation ; que cepen- » dant il était juste d'admettre un correctif et d'exprimer que » l'action ne serait pas admise s'il y avait eu réunion de fait » entre les époux. »

J'ai longtemps balancé entre les deux arrêts, entre les deux systèmes. J'ai été touché surtout de la discordance entre les deux récits sur les changements apportés à la rédaction de la partie principale de la loi ; car, il semble que l'impassible Moniteur ne doit pas errer dans un récit législatif; je n'ai point été ému de l'assertion de M. Duvergier *sur la pensée* des auteurs de l'amendement; car il ne s'agit pas de leur pensée individuelle ; on recherche l'intention collective de l'assemblée, la pensée du législateur ; et pourtant, mes réflexions m'ont conduit, peut-être malgré moi, à adopter la doctrine de la Cour de Paris et les explications de M. Duvergier.

D'abord, il s'agit ici d'une loi arbitraire et de pur droit civil ; ces lois arbitraires, qui fixent à quelles conditions un individu sera de la famille ou en sera écarté, personne ne doit en éluder le texte, parce qu'elles tiennent à notre *droit public* intérieur. Elles commandent l'obéissance et doivent être observées, même quand elles présenteraient en certains cas des inconvénients particuliers ; car toutes les lois arbitraires ayant pour objet d'éviter le conflit de deux principes de droit naturel, ce conflit ne cesserait

Digitized by Google

pas si on pouvait faire fléchir la loi arbitraire et positive par une interprétation hasardée et vacillante.

Or, ce paragraphe nouveau présente dans son texte un sens net et complet, à savoir, que le mari séparé de corps pourra désavouer l'enfant né depuis la séparation ou depuis la demande, à une époque légalement suspecte, à moins que la femme ou l'enfant ne prouve contre le mari une réunion de fait entre les époux. La seule condition imposée au désaveu par le texte, c'est l'époque de la naissance; la seule condition sous laquelle on puisse repousser le désaveu, c'est la preuve d'une réunion de fait entre les époux : voilà ce que dit le texte à sa simple lecture. Dès lors que peut donc chercher au delà le juge, premier sujet de la loi qu'il est chargé d'appliquer?

Serait-il donc permis de rechercher, même à l'aide du *Moniteur*, si les termes d'une loi ont été modifiés dans l'intervalle de son adoption par l'assemblée à sa rédaction officielle? Pourrait-on le rechercher même en consultant les procès-verbaux? Historiquement, je le comprends; juridiquement, je ne le comprends plus. C'est ainsi, par exemple, qu'historiquement on a signalé pendant longtemps dans l'article 164 du Code civil l'omission de donner au gouvernement le droit d'accorder des dispenses pour le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs; mais jusqu'à la loi appelée *rectificative* du 16 avril 1832, par laquelle il a été dit qu'il était loisible au roi de lever pour des causes graves les prohibitions portées par l'article 162 aux mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, le gouvernement s'est trouvé lié par le texte législatif, et n'a jamais accordé une seule de ces dispenses, parce que *juridiquement* le texte ne le permettait pas, même en le supposant erroné.

En effet, quand la loi est écrite, quand elle est signée, elle fait pleinement foi de la conformité de son texte avec la volonté législative. Le récit soit du *Moniteur*, soit des procès-verbaux, ne saurait, ni pour les sujets ni pour les juges, faire preuve contre le texte signé. Le texte revêtu des signatures du bureau de l'Assemblée, fait, par une présomption légale et nonobstant tout autre document, preuve absolue de sa propre exactitude. Tous ceux qui concourent à la signature des lois sont certainement des hommes publics préposés par la loi à cet effet : la vérité du texte ne peut plus dès lors être combattue par quoi que ce soit. Il serait trop contraire aux principes de l'authenticité,

Digitized by Google

disons mieux, il serait par trop ridicule qu'on accordât moins de foi publique, moins d'autorité en justice, au texte signé par le bureau d'un corps politique qu'à un acte signé par le notaire d'une bourgade.

Je conviens avec M. Gilbert qu'il y a eu des omissions, des mots ajoutés, des rectifications dans les termes d'une loi votée; qu'il y en a des exemples: mais ces faits sont bons pour l'histoire; ils sont bons pour solliciter du pouvoir législatif un *erratum* à la loi. Ils doivent demeurer étrangers à la pratique des tribunaux. Le texte est censé avoir été lu tel qu'il a été écrit. Il faut donc l'appliquer tel qu'il est.

Je n'ai donc pas à m'inquiéter de savoir quel est l'auteur des changements faits au commencement du paragraphe. Je n'ai pas à me demander si MM. de Vatimesnil et Valette ont présenté un amendement final ou une rédaction entière; s'ils se sont concertés avec le rapporteur; si dans leur esprit, ils voulaient ou non changer la portée de la loi. Le fait pour moi, c'est le monument législatif tel qu'il est écrit, tel qu'il est signé et publié. Il devait être publié, tel qu'il a été voté; donc, jusqu'à rectification législative, pour les tribunaux comme pour les jurisconsultes, il a été voté tel qu'il a été publié.

Ceci posé, j'accorde que l'esprit du projet n'était pas conforme à l'esprit de la loi votée; j'accorde que le rapporteur voulait que le mari fût tenu de prouver les faits justificatifs de non-paternité.... Mais qu'importe? L'assemblée est légalement réputée avoir entendu lecture de la nouvelle rédaction; donc, elle est légalement réputée avoir compris la portée entière de la rédaction nouvelle; donc elle est également réputée avoir changé d'avis, par cela seul que la nouvelle rédaction offrirait un sens différent de l'ancienne. Donc, c'est d'après les termes de la nouvelle rédaction qu'il faut juger la question.

Puisqu'il est de principe que la loi *a été lue*, telle qu'elle est signée et publiée, qui nous dit qu'elle aurait été votée dans les termes du projet, à sa troisième lecture? Qui nous dit que MM. de Vatimesnil et Valette n'ont pas préparé leur rédaction nouvelle, dans la crainte du refus définitif? Certes, dans la pensée de M. Demante, comme dans celle de M. le président Boyer en 1834, la loi était proposée comme une réponse aux éternels partisans du divorce et à leurs plaintes sur la paternité forcée. MM. de Vatimesnil et Valette, et la commission même

Digitized by Google

qui s'est ralliée à eux, ont pu sentir qu'il n'y aurait pas à la troisième épreuve assez de voix en faveur d'un projet mettant à la charge du mari la preuve de la non-paternité, et en changer rapidement la rédaction et la portée pour commander aux esprits chancelants. La nouvelle rédaction a dû être lue ; donc elle a été lue ; donc elle doit être appliquée selon ses termes.

Et indépendamment des termes actuels, la dernière phrase : « L'action ne sera pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux, » n'aurait été qu'une inutilité, si le mari eût été forcé de faire la preuve des faits justificatifs de non-paternité..... Est-ce que, dans le premier système, la preuve contraire n'était pas de droit ? Est-ce que la première articulation de la contre-enquête ne doit pas être alors que la femme avait des rapports conjugaux avec son mari au temps de la conception ? Est-ce qu'il y avait besoin d'un amendement pour rappeler ce qui était de droit commun à toutes les enquêtes, la réserve de la preuve contraire ? Ce ne peut donc pas être pour borner leur amendement à une disposition inutile que MM. de Vatimesnil et Valette l'ont proposé : ils ont donc voulu exonérer le mari de la preuve des faits justificatifs de la non-paternité, et ne laisser qu'une ressource à la femme et à l'enfant, la preuve *de la réunion de fait.*

Or, en rejetant les mots « *le même droit,* » lesquels se rattachaient dans la première rédaction, non pas aux mots *de désaveu,* comme l'a pensé M. P. Gilbert, mais à ces mots du § 1er de l'art. 313, « le mari sera admis à proposer, etc....., » et en y substituant : « En cas de séparation de corps..... *le mari pourra désavouer l'enfant* né....., etc...., » qu'a-t-on fait ? On a fait pour l'impossibilité morale résultant de la séparation de corps, absolument ce qui avait été fait dans l'art. 312 pour l'impossibilité physique, résultant de l'éloignement ou d'un accident matériel : on a voulu que la naissance dans le temps prescrit suffît pour faire admettre le désaveu.

Dans le premier paragraphe de l'art. 313, il faut trois circonstances pour l'admission du désaveu : adultère de la femme, recèlement de la naissance, preuve de faits justificatifs de non-paternité ; dans la loi telle qu'elle est aujourd'hui rédigée, quand le mari désavoue et qu'il porte le désaveu en justice, tout est fini, à moins qu'on ne prouve contre lui la réunion de fait.

L'argument le plus fort contre cette opinion, c'est que la loi du 6 décembre 1850 a ordonné l'insertion de ce paragraphe dans

Digitized by Google

l'art. 313, parce que de cette insertion on conclut que le législateur a voulu manifestement indiquer la relation qu'il entend établir entre les cas prévus par cet article et le cas nouvellement réglementé.

Il est bon, répondrai-je, de tenir compte de la place que le législateur fait tenir à une nouvelle disposition ajoutée au Code. Car, il faut coordonner les additions avec les autres textes; mais il ne faut pas pousser trop loin le scrupule, quand il y a encore une raison suffisante de la place adoptée.

Certes, quand la première rédaction supposait un rapport direct du second paragraphe au premier, par ces mots « le même droit, » il fallait nécessairement qu'il fût dans l'art. 313.

Quand la seconde rédaction est venue, et qu'elle détruisit le rapport grammatical d'un paragraphe à l'autre, il restait encore un motif pour mettre la nouvelle loi dans l'art. 313, c'est que le *principium* de l'article dénie le pouvoir de désavouer pour des causes que des raisons physiques ne démontrent pas invinciblement; c'est encore que la seconde partie du premier paragraphe fait une première exception pour cause d'impossibilité morale, et qu'il convenait qu'un nouveau cas d'impossibilité morale fût à côté du premier.

Il fallait bien placer là cette loi, pour que les autres articles, notamment 316, 317, 318, s'appliquassent à ce cas nouveau comme aux autres.

Voyez où l'on irait avec l'autre système : dans la nouvelle rédaction, on a supprimé les mots « *indépendamment du recel de l'enfant.....* » Il faudrait donc, même en cas de séparation de corps, que le mari prouvât que la naissance de l'enfant lui a été cachée, et produisît les preuves de non-paternité pour faire admettre son désaveu; or, si l'enfant est inscrit sous le nom du mari, habitant une autre ville, comment celui-ci prouvera-t-il que la naissance lui a été cachée puisque l'enfant aura toujours été publiquement connu sous le nom du mariage?.... Personne ne poussera jusque-là l'effet de l'addition d'un paragraphe; et cette doctrine qui prouve trop démontre par elle-même sa fausseté.

Il n'y a dans tout cela qu'à appliquer le nouveau texte tel qu'il est écrit, et reconnaître que même pendant la séparation de corps, la présomption de légitimité protége l'enfant, conformément à l'art. 312, tant que le mari ne le désavoue pas; que si le mari laisse passer les délais de l'art. 316, sans former

Digitized by Google

son désaveu, ou si l'ayant formé, il n'intente pas contre l'enfant ou son tuteur *ad hoc* en présence de la mère, l'action en admission de ce désaveu dans le délai de l'art. 318, la paternité est fixée sur la tête du mari d'une manière ineffaçable; mais que s'il forme son désaveu dans les délais et le fait suivre régulièrement de l'action prescrite par l'art. 318, l'enfant et la femme n'ont plus qu'une ressource : la preuve de la réunion de fait. COIN-DELISLE.

ESSAI SUR LES ANCIENNES COUTUMES DE TOULOUSE.

Par M. F. Laferrière, inspecteur général des Facultés de droit.

Je recherche dans nos provinces les monuments féodaux et les *coutumiers* produits ou reçus par elles; je veux les étudier sur place, autant que possible, et déterminer leurs rapports avec les lieux et les temps qui les ont vus naître. Après avoir, dans une précédente publication [1], exposé l'ensemble des faits et des principes qui constituaient, en quelque sorte, le droit commun de la France féodale, je veux tâcher de caractériser les diversités du Droit, au sein de populations diverses d'origine, de sujétion, de mœurs, et présenter, pour la première fois, l'histoire juridique de la France féodale et coutumière, dans un certain ordre géographique, en rappelant les provinces, les monuments et les coutumes de la circonférence au centre du royaume.

Je commence mon exploration par les provinces de l'est et du sud-est : la Lorraine, l'Alsace, la Franche-Comté, le Dauphiné, la Provence, qui ont, plus ou moins, subi la suzeraineté de l'Empire Germanique, et l'influence légale du *Miroir de Souabe* ou du *Livre des fiefs* de Milan. — Puis j'avance vers le Midi : j'interroge l'esprit des anciennes coutumes d'Aigues-Mortes, d'Alais, de Montpellier, de Toulouse, d'Albi, du Béarn qui nous présente ses *fors* si curieux. — Je descends vers le Sud-Ouest avec les coutumes de Moissac, de Martell, de la Réole, de Bordeaux. — Je suis appelé, par de grandes affinités d'institutions et de destinées politiques, de la Guienne vers la

[1] 4e volume de l'*Histoire du droit français*, livre VI.

Digitized by Google

Bretagne; et, de la Péninsule Armoricaine, je remonte vers le Nord-Ouest et le Nord, c'est-à-dire vers la Normandie, la Flandre, le Hainaut, l'Artois. Après avoir décrit, dans cette revue des Coutumes, le plus grand cercle géographique des provinces de France, je me rapproche du cœur du royaume par des cercles concentriques qui embrassent : — d'abord, la Picardie, le Vermandois, la Champagne, la Bourgogne, le Nivernais, le Berri; — ensuite, l'Auvergne, le Limousin, l'Angoumois, la Saitonge, le Poitou; — puis, les Marches, l'Anjou, le Maine, la Touraine, l'Orléanais, et je suis ramené dès lors au centre du domaine royal, à l'Ile-de-France, qui a donné au royaume son impérissable nom.

Là, au siége de la royauté française, se trouvent réunis les monuments féodaux et coutumiers où s'est vivement réfléchi ce que la féodalité politique et civile avait de plus général, de plus juridique, de plus civilisateur : le livre de la *Reine Blanche*, le Conseil de Pierre de Fontaines, l'ouvrage de Beaumanoir, le livre de justice et de plet, et ce monument célèbre, qui, recueil *privé* ou code *authentique*, a mérité le nom d'*Établissements de Saint-Louis*, et répandu bien au delà du territoire des prévôtés de Paris et d'Orléans l'influence salutaire de son autorité.

Et ainsi, dans son long pèlerinage de la circonférence au centre, l'histoire du Droit au moyen âge aura pour terme et pour but glorieux les Établissements de Saint-Louis et l'action civilisatrice de ce monument de la fin du XIIIe siècle, que la critique moderne a disputé, comme œuvre législative, à la mémoire de Louis IX, et qui sera, je l'espère du moins, restitué dans sa partie essentielle et par des preuves irréfragables à son saint et immortel auteur.

J'avais profité, il y a plusieurs années, de mon professorat à Rennes pour étudier spécialement les anciennes coutumes de Bretagne; j'ai tâché de profiter de la mission qui m'a été récemment confiée dans le Midi pour compléter mes recherches sur les *anciennes coutumes de Toulouse;* et la communication que j'ai eu l'honneur de faire de mon travail à l'Académie de législation m'a donné la certitude que je ne m'étais pas trompé sur l'esprit et le caractère de ces anciennes coutumes, dignes de l'attention de l'histoire du Droit.

Je divise ce travail en cinq paragraphes :

Digitized by Google

§ 1. Observations préliminaires sur l'esprit des Coutumes de Toulouse.

§ 2. Analyse et esprit des dispositions et des traditions d'origine romaine.

§ 3. Coutumes locales, contraires aux règles du Droit romain.

§ 4. Esprit du Droit féodal à Toulouse.

§ 5. Caractère municipal, féodal et civil des dispositions non approuvées par le Roi, en 1285.

§ 1. — Observations préliminaires sur l'esprit des coutumes de Toulouse [1].

Les ancieunes Coutumes de Toulouse ont été présentées, en 1283, au roi de France, Philippe le Hardi, qui ordonna une enquête pour en reconnaître l'antiquité et l'observation continue. Cette enquête s'est accomplie sous Philippe le Bel, son successeur, en 1285, à l'aide des témoignages les plus imposants et avec beaucoup de solennité. Le manuscrit, communiqué au roi, ou copié par ses ordres et formant un *rouleau*, fut

[1] V. D. Vaissette, *Histoire du Languedoc*, liv. XXVII, ch. 75, t. VI, p. 214 (édition Du Mège), additions et notes, p. 49-61, t. I, p. 242.

D. Vaissette dit, tome VI, p. 214, qu'il a eu sous les yeux un manuscrit des Coutumes, écrit dans le temps, qui a appartenu à l'abbaye de Moissac; qu'à la marge de ce manuscrit on voit un *commentaire sur les mêmes coutumes*, composé par un jurisconsulte anonyme et *fini* en l'an 1296. Cet auteur, ajoute-t-il, rapporte tous les textes du Droit civil qui lui viennent dans l'esprit pour les conférer avec les Coutumes de Toulouse et en faire ressortir la conformité. » Mais D. Vaissette cite quelques exemples pour donner une idée de l'érudition très-incomplète de l'auteur. — (Mss. de *feu* Me *Foucaud*, cons. d'État, n° 115, bibl. roy.) Il serait à désirer qu'on pût retrouver le manuscrit.

V. aussi Catel, *Mémoires*. — Du Mège, *Instit. toulousaines*.

Archives municipales: On peut consulter l'*Ildefonsus*, petit registre in-4°, en parchemin, contenant la copie des anciennes Chartes, recueillies, du reste, par D. Vaissette, Catel, Lafaille (Annales), et par MM. Du Mège et d'Aldeguier, *Histoire de Toulouse;*

Le Livre Blanc, *Liber Albus* (peut-être ainsi nommé de l'ancien *Album* des préteurs et proconsuls romains, ou tout simplement de la couleur de sa couverture). — Il en existe une *copie* aux archives; l'original devait exister du temps de Casaveteri; dans l'édition de ses *coutumes*, 1544, et à la fin d'un *arrestum* célèbre, il transcrit la mention suivante:

« Regestratum est in Libro Albo statutorum Curiæ præsidialis domini Senescali Tolosæ post consuetudines Tolosanas confirmatas per christianissimum bonæ memoriæ dominum Philippum, regem Francorum, anno D. millesimo ducentesimo octuagesimo quinto. Et incipit in XIII linea decimi sexti folii dicti Libri Albi. »

Digitized by Google

collationné, mot par mot, avec le texte contenu en un *vieux registre;* et la haute antiquité des coutumes alors en vigueur est expressément constatée par les procès-verbaux qui, sous la date des années 1283 et 1285, précèdent le texte des coutumes de Toulouse. Vingt articles furent *réservés* par le roi Philippe le Bel, sous la formule *non placet, vel deliberabimus.* Ils se trouvent consignés dans un registre déposé aux archives du Capitole, et transcrits d'un livre plus ancien, connu dans l'histoire des antiquités toulousaines sous le nom d'*Album* ou de *Livre Blanc.* Ils ont été, du reste, imprimés par Casaveteri dans l'édition des anciennes coutumes qu'il a publiées pour la première fois, en 1544, avec un commentaire. — Ces vingt articles non approuvés ne sont pas les moins curieux pour déterminer l'esprit des coutumes de Toulouse au moyen âge. Ils n'ont pas attiré jusqu'à présent, comme ils le méritaient, l'attention des interprètes ou des historiens [1]. Nous tâcherons, dans le cours de ce travail, de réparer cette omission.

Les anciennes coutumes avaient été déjà présentées au comte de Poitiers et de Toulouse, en 1251, et par lui confirmées; mais la confirmation authentique et certaine, qui a donné aux coutumes écrites leur autorité définitive, est celle de Philippe le Bel, adressée, en 1285, à son amé et féal, l'abbé de Moissac, au sénéchal de Toulouse, et à Étienne Motel, juge-mage du même sénéchal [2], à l'effet (dit la traduction du préambule), « de confirmer les coutumes dont ils ont fait usage par le passé, afin qu'ils puissent s'en servir dans leurs jugements, et que *foi pleine et entière y soit ajoutée sans recourir à autre preuve.* » — « Voulons et ordonnons (portent les Lettres patentes) que les » dites coutumes soient gardées et observées, et, à cet effet, » enregistrées... telles qu'elles sont renfermées dans le *rouleau* » que nous vous envoyons : nous les confirmons, à l'exception » de *vingt coutumes* contenues au même *rouleau,* sur lesquelles,

[1] L'auteur des *Annales de Toulouse*, LAFAILLE, avoue même qu'il ne les a pas connus et qu'il les a vainement cherchés. — M. MOLINIER, dans le rapport fait en 1853 sur le Mémoire de M. Astre, devant l'*Académie des sciences, inscriptions et belles-lettres de Toulouse*, s'étonne de cette ignorance avouée par l'auteur des Annales, qui n'avait qu'à compulser le *Livre Blanc*, qui existait de son temps au Capitole (1687), et dont la copie existe encore.

[2] Il résulte aussi du préambule qu'une commission était donnée au *sénéchal de Carcassonne* pour concourir à la reconnaissance et au collationnement des Coutumes.

Digitized by Google

» nous nous réservons de délibérer en temps et lieu [1]. »

Les faits caractéristiques qui concernent Toulouse, aux diverses époques de son histoire, expliquent très-bien et éclaireront d'avance les résultats que l'on trouve dans les coutumes constatées au XIIIe siècle.

La ville des Tectosages (on doit remonter jusque-là) avait commencé ses relations avec les Romains par un traité d'alliance, mentionné dans l'histoire de Diodore de Sicile [2]; et l'on sait que les alliés des Romains (*fœderati*) conservaient leurs institutions municipales. Plus tard, les Toulousains furent investis du droit de latinité, car Pline l'Ancien, en dénombrant les *oppida latina*, mentionne *Tolosani Tectosagum*; mais ce droit de latinité, qui était relatif surtout au droit de propriété romaine, ne portait aucune atteinte (comme l'a parfaitement établi M. Benech dans un de ses mémoires) au droit d'indépendance municipale ou d'autonomie, qui appartenait aux villes alliées [3]. Ainsi, la constitution politique de la ville de Toulouse, qui, selon les mœurs et les institutions gauloises, était représentée par un sénat aristocratique et des magistrats choisis dans le sénat ou hors du sénat, avait dû subsister, ou conserver son principe originaire. — Quelques indices, et notamment une médaille frappée en l'honneur de Galba, portant d'un côté la tête de cet empereur (qui avait d'abord gouverné l'Aquitaine), et de l'autre, *Tolosa Colonia*, doivent faire présumer que Toulouse avait reçu une colonie romaine [4]; mais l'importance de cette colonie est une question indécise.

Ce qui est certain dès aujourd'hui, c'est que Toulouse, à l'époque gallo-romaine, avait son Capitole et ses Consuls. La preuve en est dans Sidoine-Apollinaire, qui rapporte que saint Saturnin, évêque des premiers siècles, l'apôtre du christianisme dans cette partie de la Gaule méridionale, fut précipité du haut

[1] *Consuetudines Tolosæ* (la traduction est celle de Soulatges, 1770). Voir les procès-verbaux de la Coutume, dans le recueil de Richebourg, t. IV, *in fine*.

[2] Fragment rapporté dans Adrien de Valois, *Notitia Gall.*, p. 653 (*fœdus*).

[3] M. Benech, dans son savant *Mémoire sur Toulouse*, *Cité latine*.

[4] Ptolémée, dans la *Géographie de la Gaule Narbonnaise*, donne à Toulouse le nom de *Colonie*.— Goltsius paraît être le premier qui ait mentionné et reproduit la médaille (Lafaille, Annales, I, p. 17).

Cette question doit être l'objet d'un travail spécial de M. Benech, secrétaire perpétuel de l'Académie de législation.

Digitized by Google

du Capitole, *de gradu summo Capitoliorum*[1]. — Quant aux consuls, leur dénomination se trouve dans les documents les plus anciens sur Toulouse, et elle ne fut remplacée qu'au XIIIe siècle par celle de Capitouls (*Capitularii vel de Capitulo Tolosano*[2].)

L'opinion de plusieurs savants, que Toulouse fut réduite par les Romains, dans les premiers temps de la conquête, à l'état de *province*, au régime absolu des provinces romaines, me paraît difficilement admissible. Cette opinion s'appuie principalement sur les mots « *quæ civitas est in provincia* » appliqués à Toulouse dans les Commentaires de César (I, 10); mais je crois avoir démontré (dans le tome Ier de mon histoire du Droit) que la *Province romaine* comportait des situations diverses, des droits différents pour les villes qui s'y trouvaient comprises, et qu'une cité libre ou alliée pouvait exister dans le territoire d'une province : *Civitas in provincia*, loin de marquer l'assujettissement de Toulouse à l'état de province romaine, marquerait donc bien plutôt son existence de Cité libre ou alliée, au sein de la province Narbonnaise[3].

En dernière analyse, soit comme ville municipale, d'origine gauloise, ayant conservé sa constitution sénatoriale et aristocratique, en la modifiant par l'imitation des institutions de Rome et l'adoption du titre de ses magistrats; soit comme Cité investie du droit de latinité, ou du droit de colonie romaine, Toulouse avait le double caractère d'une ville qui tenait : 1° de son origine gallo-romaine, un esprit politique de municipalité indépendante, gouvernée par des magistrats revêtus d'un nom romain; 2° du droit de latinité communiqué à son territoire, dès les premiers temps de l'empire, un droit civil conforme, sous plusieurs rapports, à l'ancien droit civil de Rome, mais empreint aussi d'esprit local et mélangé de coutumes indigènes.

[1] Sid. Apoll., epist. lib. 9, Ep. 16. — Fortunat. 2, carmen 8 et 9. — Greg. Tur. *De glor. mart.* I, c. 48. — D. Vaissette, I, c. 48.

[2] Voir, à la fin des Cout., la sentence de 1226 — La liste authentique des Capitouls, au nombre de douze (6 de la cité, 6 du bourg, *suburbii*) ne commence qu'en 1295, sur l'ancien registre, appelé Annales de l'Hôtel de Ville (Lafaille, I, p. 20). — D. Vaissette, liv. 27, c. 75, t. VI, p. 215, sur l'origine des *Capitouls*, dont le nom ne vient pas de *Capitole*, mais de Chapitre ou Conseil, *Capitulum*.

[3] Cette opinion de Catel, suivie par M. Benech, s'appuie sur quelques considérations générales, mais n'invoque pas d'autre texte. Voir le *Mémoire sur Toulouse*, considéré comme *cité latine*, p. 24.

Digitized by Google

Les Visigoths, en établissant le siége de leur empire à Toulouse, y respectèrent les traditions romaines unies aux traditions locales : ce résultat est attesté par le Code d'Alaric extrait du Code Théodosien; — par le *Commonitorium*, ou préambule authenthique, qui explique l'intention et le but du Code nouveau; — par l'interprétation législative qui l'accompagne, et qui, émanée (comme le prouve le *Commonitorium*) de l'assemblée des évêques et des provinciaux, modifie assez souvent les lois romaines, selon l'état des mœurs et des coutumes de la province. Le Droit romain, d'après le Code d'Alaric, le Commonitorium et l'Interprétation, est la *loi territoriale*. Le caractère de réalité qui déjà, depuis quatre siècles, avait été imprimé dans le pays au droit civil de Rome par la concession territoriale du droit de latinité, se trouvait ainsi maintenu par un roi d'origine germanique et par le Code de l'an 506. — Ce Code, promulgué au nom d'Alaric II, roi des Visigoths, reçut son exécution après la conquête de ses États par Clovis, qui sépara Toulouse de la Septimanie, pour rattacher cette grande cité à l'Aquitaine; et Charlemagne, dans la vingtième année de son règne, fit une seconde publication ou édition solennelle du Code d'Alaric, pour en confirmer l'autorité.

Le Droit romain eut une destinée et une autorité différentes dans le pays de Toulouse et dans la région de la Septimanie, abandonnée aux Visigoths. Là, dans cette contrée appelée de leur nom, Gothie, la loi visigothique, recueil mélangé de Droit germanique, romain, ecclésiastique, fut d'abord prédominante[1]; le Code d'Alaric n'y reçut point d'application comme loi territoriale; il n'y fut que la *Lex romana* considérée comme loi personnelle, de la même manière que la Loi des Francs. La Constitution du pape Jean VIII, de l'an 878, prouve formellement que l'évêque de Narbonne présenta le livre de la Loi gothique au pape, comme la loi principale de cette partie de la province[2]; et les plaids célèbres, tenus à Narbonne en 782, 862 et 933, sont mi-partis de Romains, de Goths et de Francs[3].

Cette différence d'application ou de destinée du Droit romain,

[1] V. mon *Histoire du Droit*, t. II, p. 404. Le Code Visig. commence avec les édits d'Euric, de 486.

[2] V. mon t. IV, p. 288, 300.

[3] Plaids tenus à Narbonne, en 782, 862, 933 — Celui de 933 avait 11 Romains, 4 Goths, 3 Francs, et annonçait déjà la suprématie qu'avaient rega-

Digitized by Google

dans les deux parties du Languedoc, est essentielle : — à Toulouse, le Code d'Alaric régna sans partage; dans la Gothie, le *Codex legis Visigothorum* fut substitué de force à la *Lex Romana Visigothorum;* dans le pays de Toulouse, le Droit romain resta loi réelle et territoriale; dans le territoire de Narbonne ou de la Gothie (Bas-Languedoc), la Loi romaine fut seulement à l'état de loi personnelle; à Toulouse enfin le Code de la loi Visigothique ne reçut aucune exécution; et l'on verra, dans le cours de nos recherches, que les anciennes Coutumes de Toulouse ne portent, en effet, aucune trace de la Loi germanique des Visigoths.

Du IXe au Xe siècle, la féodalité s'étendit sur la France et se fit sentir dans le Midi. Au comte Bernard, qui, le premier, vers l'an 871, s'intitula *Comte, par la grâce de Dieu*, se rattache l'hérédité des comtes de Toulouse [1]. Mais la forte constitution de la Cité empêcha la féodalité de prévaloir contre le pouvoir municipal. Les comtes de Toulouse, devenus héréditaires, maintinrent les coutumes, augmentèrent les priviléges de la cité. — Plus heureuse que les villes de l'Italie et de la Provence, qui furent livrées souvent au pouvoir passager, à la tyrannie éphémère, mais sans cesse renaissante, des *Podestats*, la ville capitale de la Langue d'Oc put se développer au moyen âge, sous la protection d'un pouvoir héréditaire qui avait intérêt à ménager l'avenir, à captiver l'affection des peuples, à seconder la prospérité du pays.

Sous le gouvernement héréditaire des comtes de Toulouse, la ville, avec ses faubourgs et dépendances, fut toujours administrée par des Consuls et un conseil commun. Les magistrats consulaires et le Conseil avaient la juridiction civile et criminelle; mais, pour rendre la justice civile, ils s'adjoignaient quelquefois, comme assesseurs, des membres de l'Église cathédrale; et le Viguier, ou vicaire du comte, devait être présent au jugement des affaires criminelles. De plus, lorsqu'il s'agissait de l'intérêt des femmes mariées, de l'assignation de leur dot, de la condition des débiteurs [2], du droit des créanciers qui réclamaient

gnée les Romains. (Texte des Plaids, dans D. Vaissette, t. II, p. 134, 281, et t. III, aux preuves, p. 410, édition Du Mège.)

[1] V. la généalogie des Comtes, dans Lafaille (Annal. I, p. 65).

[2] Année 1197. Établissement relatif aux débiteurs et aux mesures : « Carta » publicæ constitutionis quam fecerunt Consules Tolosanæ civitatis et sub-

Digitized by Google

privilége (*poderagium*) sur chose allodiale[1], et de quelques autres matières où se faisait plus particulièrement sentir un besoin de protection, le Viguier intervenait et exerçait une certaine part de juridiction civile. — Les Consuls avaient donc pouvoir de juridiction dans l'ordre civil et criminel, *imperium mixtum et merum*; mais le Comte, representé par son Viguier, conservait une haute surveillance sur l'exercice de la juridiction criminelle, et une participation à l'exercice de la juridiction civile dans l'intérêt surtout des faibles et des incapables. Le Viguier du Comte exerçait ainsi, déjà, une sorte de MINISTÈRE PUBLIC, analogue à celui que les GENS DU ROI exercèrent plus tard près des parlements[2].

Hors de Toulouse, la féodalité s'établit plus librement, et la justice seigneuriale avait ses droits reconnus sur le territoire circonvoisin. Mais la juridiction des consuls planait encore sur le sol toulousain, comme juridiction suprême. Ainsi, les causes mixtes leur appartenaient, et, s'il y avait difficulté pour le jugement des causes de ce genre renvoyées aux juges seigneuriaux, les consuls eux-mêmes ressaisissaient la connaissance du litige et statuaient en dernier ressort. Les consuls avaient, en outre, avant 1285, le droit reconnu d'interpréter, de déclarer la coutume; et leur pouvoir de juridiction s'élevait alors jusqu'à une sorte de pouvoir prétorien. — Quant au pouvoir direct d'établissement législatif, *stabilimentum*, il ne s'exerçait qu'en présence ou du consentement soit du comte, soit de son viguier[3].

» urbii cum *Communi Consilio* urbis et suburbii, cum consilio et *voluntate* » Petri Nogerii, *Vicarii*, qui totum illud laudavit et concessit pro D. Ray- » mundo Tolose comite, in loco ejusdem, ipse pro ipso. » (Archives municipales, petit registre in-4°, connu sous le nom d'*Ildefonse*, fol. 20.)

[1] Sur le *poderagium*, V. Casaveteri, *De debitis* (fol. 28, au verso n° V.), *et infra*, § 5.

[2] Dans son important mémoire sur les coutumes de Toulouse, M. Astre ne me paraît pas avoir assez tenu compte de la situation du Viguier. (Mém. de l'Acad. des sciences et inscriptions de Toulouse, année 1854, p. 141). — Le Viguier fut maintenu jusqu'en 1553. (Lafaille, Annales, t. II, p. 152.)

[3] Registre in-4°, dit l'Ildefonse, année 1147 : Ego Ildefonsus..... confirmo bonos mores et franquintos quos habebant et quos ego eis dedi et feci.

1152. Hæc est Carta de *stabilimento* quod fecit Commune Consilium Tolosæ et suburbii cum consilio Raymundi comitis Tolosani.

1220-1221. Chartes relatives à l'élection des Consuls : Consules cum Com-

Digitized by Google

Dans une telle organisation de la justice et de la cité, l'Église, représentée en certains cas seulement par des assesseurs, n'aura qu'une faible part dans le jugement des causes civiles ; et le droit canonique ne pourra exercer que très-peu d'influence sur les coutumes du pays.

En résumé, d'après les faits qui caractérisent l'histoire et les institutions de Toulouse, depuis les temps anciens jusques et y compris le XIIIe siècle, le Droit romain, d'une part, modifié par l'interprétation provinciale du Ve siècle, et, d'autre part, les coutumes indigènes, le Droit municipal, devront avoir le caractère prédominant : le Droit germanique, le Droit canonique seront à peu près absents. Quant au Droit féodal, il apparaîtra, mais il ne formera qu'un élément secondaire dans les usages de la cité, soumise sutout à l'influence permanente de la juridiction consulaire.

Et tel est, en réalité, l'esprit des coutumes de Toulouse : l'analyse raisonnée que nous allons présenter en fournira la preuve complète, et fera clairement ressortir le rapport qui a existé entre les faits et les institutions.

§ 2. — Analyse et esprit des dispositions et des traditions d'origine romaine.

Les coutumes toulousaines du XIIIe siècle se composent de quatre parties :

La première est relative aux formes de procéder et aux jugements (26 titres) ;

La deuxième, aux obligations, contrats et acquisitions (9 titres) ;

La troisième, aux dots, testaments et successions (7 titres) ;

La quatrième, aux fiefs et aux immunités de la ville de Toulouse (6 titres).

On trouve en appendice deux titres sur les limites du *gardiage* et de la *viguerie* de Toulouse, c'est-à-dire sur les limites du territoire placé sous la *garde* des consuls ou capitouls, et du territoire plus étendu soumis à l'autorité du *Viguier*. Les habitants qui se trouvaient dans le *Dex* ou la limite du gardiage

muni Consilio civitatis et cum *consilio* et *voluntate* domini Raymundi.

1199. Règlement contre les gens de mauvaise vie et les débiteurs :

Hoc est commune stabilimentum quod consules urbi et suburbii cum consilio communis Consilii.... in *præsentia D. Raymundi*, etc. (Voir le *Mémoire* de M. Astre, p. 20.)

Digitized by Google

jouissaient seuls de toutes les franchises possédées par la ville de Toulouse. En 1226, les limites du gardiage et de la viguerie furent agrandies par sentence des capitouls, d'accord avec le comte de Toulouse. La sentence est mise à la fin des coutumes, et il en résulte que le gardiage embrassa l'étendue d'une lieue autour de la ville et des faubourgs, et la viguerie celle d'environ deux lieues [1].

L'ensemble des titres de la coutume, sans cet appendice, est de 48 titres et 155 articles. Mais il faut y ajouter, comme document important pour l'histoire du Droit, les vingt dispositions ou coutumes qui n'avaient pas reçu l'approbation royale en 1285.

Dans les quatre parties de la coutume approuvée sont répandus 27 articles qui reproduisent ou réfléchissent des dispositions et traditions de Droit romain.

Vingt de ces articles se rapportent à l'ancien Droit civil de la République ou de l'empire, et se retrouvent dans le Code Théodosien ou dans le Code d'Alaric (*Lex romana Visigothorum*) et ses accessoires, tels que l'interprétation, les Codes Grégorien et Hermogénien, les sentences de Paul, l'épitome de Gaius, reproduits dans l'édition de Sichard, en 1528, et, de nos jours, dans la riche édition donnée par Haënel d'après soixante-seize manuscrits [2].

Sept articles seulement paraissent empruntés au Droit de Justinien, Digeste, Code et Novelles.

Je vais en faire successivement deux classes, en indiquant les sources.

Je classe premièrement les dispositions qui réfléchissent le Droit civil de Rome, *antérieur à Justinien*, dans l'ordre suivant :

1° La prohibition des coutumes de Toulouse, en matière criminelle, d'accuser ou d'intervenir par procureur, prohibition conforme au Code d'Alaric et aux sentences de Paul [3];

[1] V. Soulatges, Commentaires, 4e partie, p. 159 et 160. Gardiage, de *gardia* pour *custodia*.

[2] M. Benech a présenté à l'*Académie de législation* un rapport approfondi sur cette édition de la *Lex Romana*. (V. le compte rendu de l'Académie, t. III.)

[3] *Coutumes de Toulouse*, liv. Ier, tit. 2, art. 2. — *Lex Romana Visig.* (Haënel), lib. IX, tit. 1, L. 9, et *Interpret.* : per mandatum nullus accuset. — *Lex Rom.*, XI, 14, 4. (Haënel, p. 232.) — *Pauli Sent.*, V, 18, 11. (Haënel, p. 432.) — *Id.*, V, 4, 12. (Haënel, p. 418.)

Digitized by Google

2° La règle des aveux ou confessions en justice civile qui doivent être faits, pour être valables, en présence des parties, et qui ne *nuisent* pas en matière criminelle : disposition des coutumes qui se retrouve dans l'ancienne procédure civile et criminelle des Romains (Code Grégorien, sentences de Paul et Digeste) [1] ;

3° La preuve des obligations par *exhibition de titre*, sans que cependant la possession de l'acte par le créancier soit toujours probative du non-payement (Code Grégorien) [2] ; et la défense de la *preuve par témoins* du fait allégué, savoir, que le débiteur, depuis la confection du titre non représenté, a reconnu devoir : disposition de la coutume *contraire* au Code de Justinien, *De fide instrumentorum* [3] ;

4° Les effets des sociétés entre commerçants qui assuraient les *dépenses de nourriture* à celui qui faisait les transports lointains; règle de la coutume énoncée dans les sentences de Paul [4];

5° La préfence, en cas de ventes ou de donations successives, de la *seconde* sur la *première*, si la *seconde* avait été suivie de la possession réelle (Code Grégorien et sentences de Paul) [5] ;

6° Les effets de la possession de *mauvaise foi* pour la restitution des fruits perçus avant le litige, de la possession de *bonne foi* pour l'acquisition des fruits consommés ou existants : coutume conforme aux règles des Codes Grégorien et Théodosien [6] ;

7° Les effets irrévocables de la puissance maritale, admis par la coutume conformément à l'ancienne *Manus* des Romains sur les choses *données* en vue du mariage par le père ou les parents de la femme ; le mari en était propriétaire à titre définitif, ainsi que des autres présents faits la veille ou le lendemain des

[1] *Cout.*, I, 16, art. 4 et 5. — *Cod. Greg.*, X, 2. — *Paul. Sent.*, V, 5, 2; Haënel, p. 418, et *id.*, p. 454. — *Dig.*, L. 36, *De re judicat.* — L. 6, § 3, *De confessis.* — L. 2, § 1, 17, et ult. *De quæst.*

[2] *Cout.*, liv. II, 1, 4. — *Cod. Greg.*, IV, 11, 2. (Haënel, p. 450.)

[3] *Cod. Just.*, L. 15, *De fide instrumentorum* : In exercendis litibus eamdem vim obtinere tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. (V. les Observations de Soulatges, 2, p. 151.)

[4] *Cout.*, liv. II, tit. 2. — *Paul. Sent.*, II, 16,

[5] *Cout.*, II, 7, 1. — *Cod. Greg.*, III, 6, 4. Haënel, p. 446. — *Paul. Sent*, V, 12, 4, p. 426.

[6] *Cout.*, II, tit. 2. — *Cod. Greg.*, I, 1. Haënel, p. 416. — *Cod. Th.*, IV, 16.

Digitized by Google

noces : ces règles se retrouvent dans Gaïus, le Code Grégorien et les Sentences de Paul; et la coutume de Toulouse dit, à cet égard, *usus et consuetudo est in Tolosa et fuit a tempore quo non extat memoria continuo observata*[1];

8° Les effets de la même puissance sur les biens que la femme recevait et possédait pendant le mariage : le mari en était réputé propriétaire; *in bonis mariti sunt*, disait le Code Grégorien; *intelliguntur esse mariti*, disait la Coutume de Toulouse[2];

9° Le droit du mari de vendre le *fonds dotal*, avec le *consentement* de sa femme, ancien droit de l'Empire, consigné dans les Sentences de Paul et formellement abrogé par Justinien[3];

10° Le droit de la femme d'exiger caution pour la *conservation* et la *répétition* de sa dot en argent, coutume conforme à l'ancienne tradition romaine sur la *cautio rei uxoriæ*, mais abrogée par le Code de Justinien[4];

11° Le droit de la veuve de répéter sa dot, et, de plus, l'augmentation stipulée ou présumée venant de la donation faite par le mari *propter nuptias*, d'où est sorti depuis l'*augment coutumier* : disposition de la Coutume, conforme au Code d'Alaric et aux Sentences de Paul, *de Dotibus*[5];

12° Le droit du mari de porter plainte, en *son nom*, de l'injure faite à sa femme, mais avec reconnaissance du droit de la femme, au défaut de l'action maritale, de se plaindre en justice

[1] *Cout.*, II, 5, 1, 2. — Gaïus, Com., II, 86, 90. — Cicero, topic. IV. — Sur la *Manus*, je mentionne avec plaisir une thèse présentée à la Faculté de droit de Grenoble, par M. *Eyssautier* (1855), in-8°, 330 pages. — *Cod. Greg.*, I, 2, 1. Haënel, p. 441. — *Paul. Sent.*, V, 12, 1. Haënel, p. 426.

[2] *Cout.*, II, tit. 6, art. 1. — *Cod. Greg.*, III, 6, 5. Haënel, p. 446.

[3] *Cout.*, II, 7, 11. — *Paul. Sent.* (*Lex Julia de adulteriis*), II, 22, 2. Haënel, p. 368. (V. mon t. II, p. 564.)

[4] *Cout.*, liv. III, 1, 4. — *Aulugell.*, IV, 3. — S. Sulpicius tum primum *cautiones rei uxoriæ* necessarias esse visas scripsit. — *Lex Romana Visigoth.*, lib. 3, tit. 13, L. 2. — L'*Interprétation* cite les *Responsa Pauli* sub titulo de re uxoria (Haënel, p. 92). — (V. mon t. 1er, p. 219.) — *Cod. Just.*, V, 20, 1, 2, *De fidejuss.* Sive ex jure, sive ex *consuetudine* lex proficiscitur, ut vir uxori fidejussorem servandæ dotis exhibeat, *tamen eam jubemus aboleri.*

[5] *Cout.*, liv. III, —1—1. Lucrantur et debent recuperare de bonis ipsorum maritorum dotes et *donationes propter nuptias*, seu *agentiamentum* ubi constat de *gentiamento* et de donatione propter nuptias. — *Lex Romana Visig.*, III. — 13. — 2, 3, 5. — De Dotibus, et *interpret.*, Haënel, p. 90.

Digitized by Google

contre celui qui l'avait injuriée : coutume conforme au Code d'Alaric et aux Sentences de Paul[1] ;

13° Les effets de l'indivision entre enfants jusqu'au partage de la succession du père, indivision qui met en commun les créances et les dettes, les pertes et les acquisitions faites par un seul, sauf la preuve que l'acquisition d'immeubles provenait de ressources particulières et étrangères aux biens paternels : disposition de la Coutume conforme aux règles des Sentences de Paul et de l'Interprétation[2] ;

14° Le droit d'hérédité des parents paternels de celui qui est mort *ab intestat*, sans laisser d'enfants, ni son père survivant : droit de succession conforme à l'ancien Droit civil de Rome, consigné dans les Sentences de Paul et l'Epitome de Gaïus[3] ;

15° Enfin la faveur des testaments et du droit de tester, suivant l'esprit ancien et les formes libres du testament militaire[4].

La seconde classe comprend les dispositions des anciennes coutumes de Toulouse, qui réfléchissent le *Droit de Justinien*.

Elles sont relatives :

1° A l'assimilation du partage, avec soulte, aux effets de la vente (droit du Code)[5] ;

2° A la tacite reconduction appliquée (selon le droit du Digeste) aux baux des maisons et des terres[6] ;

3° A la libération du débiteur (selon le droit du Digeste) par le payement fait à l'un des créanciers solidaires, bien que l'autre fût absent[7] ;

4° A l'obligation du créancier de remettre le titre au fidéjusseur, à la caution et au tuteur qui payent la dette, et de *leur*

[1] *Cout.*, liv. I, tit. 23, art. 2 et 3. — *Cod. Th.*, IX, 1. — *Paul. Sent.*, V, 4, 3. Haënel, p. 416.

[2] *Cout.*, liv. II, tit. 5, art. 4 et 5. — *Paul. Sent.*, V, 11, 4, *interpret.* Haënel, p. 426. — *Paul. Sent.*, IV, tit. 6, 7 et 8, *familiæ herciscundæ.* — *Appendix*, Haënel, p. 454 et 455. — *Dig.*, X, 2, 3. — XVII, 2, 52, § 17.

[3] *Cout.*, liv. III, tit. 5. — *Paul. Sent.*, IV, 1. Haënel, p. 404. — *Gaii Epitome*, XVI, 1. — Dans Haënel, tit. VIII, 64, p. 332.

[4] *Cout.*, lib. III, tit. 5. — *Gaii Epit.*, II, Haënel, *De testamentis*, p. 324 ; nulle forme n'est mentionnée.

[5] *Cout.*, liv. III, tit. 7. — *Cod. Just.*, VIII, 38, 1.

[6] *Cout.*, liv. II, tit. 8, art. 1 et 2. — *Dig.*, XXIV, 2, 13, § 11.

[7] *Cout.*, liv. II, tit. 4, art. 2. — *Dig.*, XLV, 2, 2, et 3. — XLVI, 3, 12.

Digitized by Google

céder, par acte public, ses droits et actions contre le débiteur (droit du Code et des Novelles)[1];

5° Au droit du *créancier* de fixer le prix du gage (droit qui, d'après les Novelles, appartient au *juge*) et de s'en faire adjuger la propriété par la Cour, s'il n'y avait pas eu surenchère *après trois publications* (droit des Novelles)[2];

6° Et enfin à la nécessité (selon le droit du Code) d'*une citation en justice* pour interrompre la prescription[3].

Voilà, dans les Coutumes de Toulouse, le partage un peu aride, mais précis, entre le Droit antérieur et le droit postérieur à Justinien. Les traditions de l'ancien droit sont, comme on le voit, bien plus nombreuses, bien plus caractéristiques que celles du droit de Justinien, lesquelles ne concernent que certains effets de contrats ou de quasi-contrats : et cet inventaire des articles d'origine romaine atteste que l'influence du droit du Justinien et de l'École des glossateurs avait peu pénétré encore dans la jurisprudence des Consuls, qui devaient s'attacher de préférence aux traditions anciennes, aux usages reçus de temps immémorial.

La preuve que c'était le Droit antérieur à Justinien qui prédominait dans les mœurs nous est donnée surtout d'une manière très-remarquable, dans la classification précédente, par deux dispositions qui touchent aux plus graves intérêts de la propriété et de la famille : je veux dire celle sur le *fonds dotal* et celle sur le *droit d'hérédité* en ligne transversale. Si les Consuls de Toulouse avaient voulu observer le Droit romain de la renaissance enseigné à Montpellier au XIIe, à Toulouse au XIIIe siècle, ils se seraient attachés nécessairement à ces dispositions fondamentales dans la législation de Justinien, qui constituaient, à l'égard du mari, le fonds dotal absolument inaliénable, et qui réglaient le droit de succession collatérale par la Novelle 118, sans préférence entre les branches paternelle et maternelle. Mais, au contraire, c'est le droit formellement aboli par Justinien qui est maintenu dans les Coutumes de Toulouse : — d'une part, l'aliénation du fonds dotal y reste permise au mari, avec le consentement de la femme, d'après l'ancienne loi Julia *de fundo*

[1] *Cout.*, liv. II, 4, art. 4 et 5. — *Cod. Just.*, VIII, 43, 17. — *Nov.*, I, 4, — n°s 4 et 6.

[2] *Cout.*, liv. II, 4, 1. — *Nov.*, I, tit. 4. — *Nov.*, IV, c. 3.

[3] *Cout.*, liv. IV, tit. 2. — *Cod. Just.*, VII, 39, 3, 7, § 5.

Digitized by Google

dotali; — d'autre part, les Coutumes portent, contrairement au droit de Justinien et même au droit prétorien, que si un homme ou une femme décède, *ab intestat*, sans descendants et sans laisser son père survivant, tous ses biens, meubles et immeubles, sont dévolus et appartiennent au plus proche parent du côté paternel, *in gradu parentelæ ex parte patris*[1]. — Ce droit de succession, uniquement favorable à la ligne du père, a tourmenté les commentateurs Casavateri et Soulatges, sans parler des modernes, qui ne pouvaient le concilier avec la Novelle 118 sur les sucessions[2] : ces anciens commentateurs n'ont pas su reconnaître, dans cette disposition, la trace très-significative et très-précieuse du plus ancien droit civil de Rome, de la loi même des Douze Tables, sur l'hérédité des agnats; droit formellement reproduit dans l'*Epitome* des Institutes de Gaïus, compris dans le recueil d'Alaric comme monument légal et obligatoire[3]. — Et ce mode de succession était si bien établi dans les mœurs toulousaines, avant la confirmation authentique des Coutumes de 1285, que nous possédons une sentence des consuls de Toulouse, de l'an 1226, qui constate formellement la pratique de ce droit, par suite de l'enquête faite des anciennes coutumes de la cité[4]. La sentence porte : « Et etiam per inquisitionem factam a Consulibus, invenitur consuetudinem esse in Tolosa quod ad *propinquiores ex parte lineæ paternæ hereditatis*, bona defunctorum ab intestato *jure successionis* pertinent et debent remanere. » — L'Epitome de Gaïus disait : « Non tamen omnibus simul *agnatis* lex hereditatum, sed *hiis* qui defuncto, mortis suæ tempore, *proximiores inveniuntur*. » — La corrélation du droit et des textes sur la succession des parents, du côté paternel, est donc évidente entre l'Epitome de Gaïus, la Sentence de 1226 et les Coutumes de 1285.

Mais on doit se demander, maintenant, si les trente disposi-

[1] *Cout.*, liv. III, art. 11 (f° 50) : Et devolvuntur propinquiori seu propinquioribus illius personæ defunctæ, in gradu parentelæ ex parte patris.

[2] Casaveteri; Soulatges; M. Astre, *Mémoire*. — François-François, *Observations des Coustumes de Toloze* (1615), p. 811, 812, 816, a mieux vu à cet égard, lui qui voit ordinairement avec tant de confusion; il a même pensé à la loi des Douze Tables.

[3] *Gaii Epitome*, tit. 16, *De intestatorum hereditatibus*, édit. de Lyon, 1593, p. 27. — Édition de Haënel, tit. 8, § 3, p. 332.

[4] Sentence du 12 novembre 1226. — Appendice au tome Ier de l'*Essai du Droit français au moyen âge*, de M. Giraud, p. 113 et 116.

Digitized by Google

tions du Droit romain, soit antérieur, soit postérieur à Justinien, qui se trouvent transportées dans la rédaction des coutumes de Toulouse, constituaient pour le pays, à cette époque, toute la législation, toute la tradition romaine : nous ne pouvons le penser. La jurisprudence romaine constatée par les coutumes écrites était, sans doute, la plus usuelle, ou représentait la jurisprudence consulaire qui s'était formée sur les questions, sur les difficultés nées de la différence entre le droit ancien ou théodosien et les dispositions du droit de Justinien nouvellement mis en lumière. Mais cette application spéciale supposait une application, une tradition plus générale du Droit romain, sans laquelle le recueil des coutumes eût été trop incomplet pour répondre, avec ses cent cinquante-cinq articles, aux besoins si variés, aux rapports si multiples de la vie civile. A notre avis, il avait été indispensable ou, du moins, très-utile de fixer par la jurisprudence consulaire le droit propre de la cité, sanctionné par une longue pratique et remis en question par des intérêts particuliers; il avait dû paraître utile aussi d'admettre dans l'usage certaines dispositions appropriées aux besoins de chaque jour, la *tacite reconduction*, par exemple, que l'on pouvait emprunter au droit de Justinien encore nouveau pour Toulouse : mais l'application particulière de ces dispositions romaines, diverses d'origine, n'enlevait pas dans le pays au Droit romain en général son caractère ancien de droit réel ou territorial, caractère qui est si formellement reconnu dans les lettres patentes de saint Louis, du 8 avril 1250, relatives aux sénéchaussées de Toulouse, de Cahors et du Rouergue, en ces termes : « *Terra illa* regi consuevit, ut dicitur, et adhuc regitur *jure scripto* [1] ».

Sans doute, à partir de la seconde moitié du XIIIe siècle, le Droit romain territorial, qui prend alors le nom de *droit écrit*, ne sera plus seulement l'ancien droit civil de Rome et de Théodose, réfléchi par le Code d'Alaric et les documents accessoires; il sera aussi le Droit romain de la renaissance propagé par l'enseignement des écoles de Bologne, de Montpellier, de Toulouse. — Mais, en 1285, au moment où les coutumes de Tou-

[1] *Recueil des ordonnances*, 1, p. 62. — V. mon tome IV, p. 358 : le premier des articles présentés par la ville de Toulouse en 1432, le 1er mars, au roi Charles VIII, pour être confirmés, porte : « Que le dit pays seroit régy par forme de droit escrit, comme il estoit d'ancienneté. » (V. dans l'*Appendice* du praticien de *Cairon*, p. 485.)

Digitized by Google

louse sont confirmées expressément par les rois de France, l'usage de l'ancien droit romain n'a pas encore fléchi sur les points les plus importants, notamment en matière de dot et de successibilité agnatique : les mœurs l'ont maintenu contre la propagande des glossateurs ; et ce ne sera qu'à partir du XIVe siècle, que l'enseignement des écoles fera pénétrer plus avant ses résultats dans les mœurs du pays, et que le droit de Justinien sera substitué progressivement aux anciennes traditions du Code d'Alaric par la jurisprudence du parlement de Toulouse, substituée elle-même graduellement à la jurisprudence des consuls.

Ce sont là des distinctions qu'il ne faut pas méconnaître, si l'on veut se rendre exactement compte des anciennes coutumes de Toulouse, et de l'influence réelle du Droit romain dans cette région du Midi.

L'étude que nous venons de faire sur l'élément romain contenu dans ces anciennes coutumes confirme, au surplus, par ses résultats particuliers, les vues générales que nous avons exposées dans notre histoire du droit sur les vrais caractères de la persistance du Droit romain dans la France du moyen âge, et sur l'influence, tardive dans notre pays, des collections justiniennes.

§ 3. — Coutumes locales contraires au Droit romain.

Les coutumes de Toulouse ont amplement conservé des traces visibles de droit romain, et surtout de l'ancien droit civil, comme nous l'avons précédemment établi. Mais la soumission aux idées, aux institutions romaines n'existait pas toujours dans les *matières mêmes régies par le Droit romain*, antérieur ou postérieur à Justinien ; et plusieurs fois les mœurs locales, plus fortes que ces institutions, ont maintenu dans la pratique et introduit dans les coutumes écrites des dispositions contraires aux règles essentielles du droit civil de Rome.

Nous allons en recueillir ici les exemples les plus saillants :

Premièrement. Dans les coutumes de Toulouse, la puissance paternelle était reconnue, et l'on sait (Gaïus en avait fait anciennement la remarque) que cette puissance avait, dans les coutumes galliques comme dans le Droit romain, le caractère

[1] V. mon t. IV, p. 277, 301.

Digitized by Google

absolu. Mais les conséquences n'étaient pas les mêmes dans l'application, au delà et en deçà des Alpes. La puissance paternelle, chez les Romains, résidait surtout dans les mains de l'aïeul; et le mariage des fils, majeurs de vingt-cinq ans, n'empêchait pas que la puissance paternelle ne s'étendît sur la personne des fils, de la femme et des petits-fils. Au contraire, dans les mœurs gauloises, la puissance paternelle cessait par le mariage, la femme était soumise à la puissance maritale et non à la puissance paternelle; les petits-enfants ne tombaient pas sous la puissance de leur aïeul, mais restaient sous la puissance immédiate du père: il y avait donc *émancipation par mariage.* — Eh bien! dans les anciennes coutumes de Toulouse, l'émancipation tacite par le mariage du fils et de la fille était admise dans les cas les plus ordinaires : lorsque le père avait fait une donation à son fils, en vue du mariage, ou constitué une dot à sa fille, *Filii quibus patres eorum fecerunt donationem ratione matrimonii... habentur pro emancipatis. — Filia dotata a patre habetur pro emancipata* [1]. — Cette disposition était évidemment contraire au principe, fondamental chez les Romains, qui perpétuait la puissance paternelle sur le fils marié, quel que fût son âge, sauf le cas d'*émancipation solennelle*, droit exprimé encore au Ve siècle dans l'Epitome de Gaïus [2]. — Elle était conforme à l'esprit des traditions celtiques, fortifiées par les idées chrétiennes d'après lesquelles la *puissance paternelle,* dans le sens juridique du mot, cessait par le mariage, sans que le respect et l'amour pussent avoir d'autre terme que la vie. — Ce n'est pas le premier exemple des rapports que présentent les traditions celtiques et les idées du christianisme. Plus on creuse dans l'histoire et plus on se rapproche de l'unité de mœurs, de l'unité de langues, de l'unité de peuples, et enfin de l'unité de l'homme sorti de la main de Dieu.

Secondement. Les coutumes de Toulouse n'admettaient pas le *sénatus-consulte Velléien*, protecteur à Rome des intérêts de la fille *sui juris*, et de la femme mariée. La fille toulousaine pouvait, à douze ans, emprunter, s'obliger, cautionner. La femme mariée pouvait s'obliger avec son époux ou pour lui ; si elle l'a-

[1] *Cout. de Toul.*, liv. III, tit. 4, art. 1 et 2. — Soulatges, p. 364 et 369.

[2] Gaïus, *Epitome*, III, 6, édition de 1593, p. 19 et 20; édit. d'Haënel, p. 320: in avi remanet potestate.— Filius masculus *tribus emancipationibus* de potestate patris exit et sui juris efficitur.

Digitized by Google

vait cautionné, elle ne pouvait, plus tard, repousser le créancier par une exception tirée de sa qualité ou de son incapacité [1]. L'usage local avait ainsi préféré la sûreté des obligations ou transactions civiles et commerciales à l'intérêt des femmes et des mères de famille, que le sénatus-consulte Velléien défendait, à Rome, contre leur faiblesse, leur inexpérience, ou contre l'ascendant des maris [2]. A Toulouse, les femmes avaient une condition très-libre, nous en rencontrerons plusieurs fois la preuve; mais si elles avaient les avantages de la liberté, elles en subissaient les charges et les inconvénients, jusqu'à la possibilité de se ruiner.

Troisièmement. Les filles *dotées*, quelle que fût l'exiguïté de la dot, n'avaient aucun droit, aucun supplément de part ou de *légitime* à prétendre dans l'hérédité paternelle [3]; et cette disposition, contraire au Droit romain qui admettait la fille à l'égalité du partage avec ses frères dans la succession du père décédé *ab intestat*, contraire au *Code Grégorien* et à l'*Interprétation provinciale* qui permettaient la plainte d'inofficiosité à la fille dotée qui n'avait pas reçu le quart des biens [4], cette disposition était usuelle dans le midi de la France au moyen âge. Nous l'avons trouvée dans les anciennes Coutumes d'Arles, de Salon, d'Alais, de Montpellier [5]. D'où venait-elle ? — Pour les fiefs, elle tenait au principe féodal, attesté par les Coutumes de Milan qui n'admettaient pas les filles au partage de fief [6]. Pour les biens roturiers, elle tenait au principe gallique et coutumier de la conservation des biens dans les familles, et au respect de la puissance du père qui, dans une sorte de partage anticipé, avait, en constituant la dot, assigné la part de sa fille : le principe du respect

[1] *Cout.*, liv. IV, tit. 4.

[2] V. mon t. II, p. 495, sur le sénatus-consulte Velléius dans les Gaules.

[3] *Cout.*, III, 1, 5.

[4] *Cod. Greg.*, II, 9, de Test. inoff., Haënel, p. 446. — Dans le *quart* des biens on ne tenait pas compte de la *dot*, qui était acquise au mari.

[5] *Statuta Arelatis; Recueil* de M. Giraud, II, t. II. — *Statuts de Salon*, *id.*, p. 248. — *Cout. d'Alais*, art. 12; *Olim*, t. III, p. 1459. — *Cout. de Montpellier*, art. 13; Thalamus parvus (édit. 1841, p. 8).

[6] Lib. Feud., 1, — fr. 8. — 11, — fr. 26, § 5.

Il en était autrement dans les Constitutions de Sicile, recueillies et promulguées par Frédéric II. — Voir la nouvelle édition, dans l'*Historia diplomatica Friderici II*, t. IV, du précieux Recueil publié par M. le DUC DE LUYNES (1854), et offert par lui à la Bibliothèque de la Faculté de droit de Toulouse.

Digitized by Google

de la volonté paternelle est formellement exprimé dans les Coutumes d'Alais et de Montpellier, et celui de la conservation des biens dans les familles nobles et autres est rappelé en 1472 par la requête des États de Provence, qui en demandaient l'application générale : « Que d'aissi en avant per *conservation* las » maisons *tant noblas quant autras,* las filhas que se trobaran » essez *dotadas* per lur payre et mayre.... *sian contentas soula-* » *men de leur dota* [1]. »

Quatrièmement. D'après les coutumes de Toulouse, la femme est incapable de porter témoignage en justice civile : disposition contraire au Droit romain qui l'admettait, sauf en matière de testament [2]; contraire aux lois visigothiques qui l'admettaient dans les cas ordinaires; mais conforme à certaines énonciations du droit canonique. Toutefois, je ne pourrais pas l'attribuer au *Droit canonique* lui-même, avec M. Molinier, dans son intéressant rapport sur le mémoire de M. Astre qui a, le premier, utilement traité et fécondé par ses recherches les questions des anciennes Coutumes de Toulouse.

En effet, le témoignage des femmes, *non admissible* d'après un texte du décret de Gratien, et peu sûr d'après un texte des Décrétales de Grégoire IX [3], *est admis* cependant par une Dé-

[1] Statuts de Provence et de Forcalquier, *Richebourg*, Coutumier général, t. II, p. 1214 et 15.

[2] *Cout.*, liv. Ier, tit. 17, art. 3 et 11. — Dig., L. 20, § 6, qui test. facere possunt. — Cod. Just., *De Codicillis*, L. ult. — Les lois visigothiques l'admettaient ordinairement, et, par conséquent, on ne peut pas assigner à la prohibition une origine germanique.

[3] Décret de Gratien, pars 11, causa 33, quæst. V, cap. 17. (Édition 1618, p. 391.)

Texte tiré, par Gratien, du livre de saint Augustin, in libro quæstionum *veteris testamenti*, quæst. 45; d'Ives de Chartres, Decret., pars 8, c. 85. Panorm., 1, 7, c. 49, et conforme aux coutumes judaïques. (V. Joseph, antiq. judaïc., lib. IV, c. 8, n° 15.)

« Mulierem constat subjectam dominio viri esse, et nullam auctoritatem habere, nec docere enim potest, *nec testis* esse, neque fidem dare, nec judicare; quanto magis non potest imperare. » (Gratien.)

Dans un *autre texte*, emprunté à saint Ambroise, sur la première épître aux Corinthiens, où il ne s'agit plus des mœurs de l'Ancien Testament, comme dans les textes empruntés à saint Augustin, on ne parle pas de l'*incapacité* de la femme, mais de son humilité, *ibidem*, c. 19 : « Mulier debet » velare caput quia non est imago Dei. Sed ut ostendatur subjecta, et quia » prevaricatio per illam inchoata est hoc signo debet habere, ut in ecclesia » propter reverentiam episcopalem non teneat caput liberum, sed velamine

Digitized by Google

crétale de l'an 1203, insérée dans la nouvelle édition du *Corpus juris canonici* que Richter a publiée sur un manuscrit de Rome, communiqué par l'infatigable Haënel [1]. — Le témoignage des femmes devant les cours de justice paraît avoir été défendu, depuis, il est vrai, par une constitution de Boniface VIII, proclamé Pape en 1294; mais cette constitution, postérieure à 1294, n'aurait pu exercer d'influence sur des coutumes approuvées en 1285. D'ailleurs, la constitution, en statuant pour l'avenir, suppose qu'*auparavant* les femmes portaient témoignage en justice; et elle n'a pas pour but de déclarer leur incapacité à cet égard, mais seulement de changer le *mode* du témoignage. Elle défend de contraindre les femmes à se rendre devant les tribunaux pour y témoigner, et cela par un motif de décence publique; mais si leur témoignage est nécessaire, elle veut que le juge

» tectum, nec habeat potestatem loquendi, quia episcopus tenet personam » Christi. Quasi ergo ante judicem sic ante episcopum quia vicarius Domini » est, propter peccatum originale subjecta debet videri. »

Le texte que l'on peut citer d'après les *Décrétales* de Grégoire IX, lib. V, tit. 40, cap. 10, p. 523, n'est point relatif à l'*incapacité* des femmes d'être témoins; il prescrit seulement d'examiner la *qualité* des témoins pour apprécier la valeur du témoignage, ce qui est bien différent :

« Testes autem considerantur conditione, natura et vita. — Conditione, si liber, non servus, nam sæpe servorum metus dominantis testimonium supprimit veritatem. — Natura, *si vir*, non *fœmina :* nam varium ac mutabile *testimonium semper fœmina producit.* »

[1] Corpus juris canonici, ad Exemplar romanum, edidit L. Richter (Lipsiæ, 2 v. in-4°, 1839).

« Tam litteris vestris quam depositionibus testium diligenter auditis, intelleximus evidenter nihil esse contra dilectum filium Lucanum electum sufficienter ostensum, nisi de auditu tantum et fama, quum super aliis, si qua videantur esse probata, testes sint vel soli *vel tales* qui non potuerunt illa *legitime* comprobare. Quia vero super *matrimonio* quod idem electus dicitur contraxisse cum vidua testes non fuere recepti propter appellationis obstaculum, ne videlicet *laici*, vel *fœmine* in tali reciperentur articulo contra ipsum, sicut vestris nobis litteris intimastis, licet nuncii ejusdem electi, coram nobis probare aliud niterentur, nos, ut tantæ irregularitatis objectio non remaneat indiscussa, discretioni vestræ per apostolica scripta mandamus atque præcipimus, quatenus testes sive *laicos*, sive *fœminas*, duntaxat idoneos, qui ad hoc fuerint probandum infrà mensem inducti, *recipiatis legaliter* et examinetis prudenter, excommunicantes solenniter, si quis eos impedire præsumpserit quominus *testimonium* perhibeant veritati... Datum *Fesculini*, 11, id. maï (1203). »

Décrétal. Grég. IX, lib. II, tit. *De test. et ult.*, c. 33.— Décrétal., t II, p. 315.

Ainsi, le témoignage des femmes est admis ici en matière de *mariage*, et il s'agissait du mariage d'un prêtre élu évêque !

Digitized by Google

commette un tabellion pour le recevoir à domicile : « Mulieres, » quas vagari non convenit nec virorum cœtibus immisceri.... » ad judicium personaliter evocari vel *trahi invitas causa fe-* » *rendi testimonium*... prohibemus ; sed cum necessarium fuerit » testimonium earumdem, judex (in expensis partis producentis » easdem) tabellionem aut aliam personam idoneam ad eas trans- » mittat [1]. » Ainsi le témoignage des femmes était pratiqué avant la constitution de Boniface VIII, et il n'était pas interdit par cette constitution. Au surplus, sur la question du témoignage des femmes, en droit canonique, nous possédons aujourd'hui un document très-précieux, c'est la *Somme judiciaire* d'Andréa, sur le second livre des *Décrétales*, publiée en 1840, d'après un manuscrit de Bâle du XIVe siècle, sous le titre suivant : JOANNIS ANDREÆ SUMMULA DE PROCESSU JUDICII. Au § 12, il est dit que la femme ne peut être témoin en *matière criminelle*, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de vol ou d'homicide : « Mulier non potest esse testis *in causa criminali*, id est, ubi agitur de furto, vel de homicidio. » — Donc, dans la pratique qui avait suivi les Décrétales, le témoignage des femmes, en matière civile, n'était pas prohibé [2]. Donc ce n'est pas du droit canonique que devait venir la disposition de la Coutume de Toulouse. — J'aime bien mieux dès lors me rallier à la seconde opinion du savant rapporteur, qui pense que l'on peut faire remonter cette interdiction du témoignage des femmes en matière civile, jusqu'à la procédure du combat judiciaire : cette procédure excluait le témoignage des femmes par la force des choses, puisque les témoins devaient être des champions prêts à soutenir leur témoignage en champ clos.

Cinquièmement. Les tuteurs et curateurs, dans les coutumes de Toulouse qui contiennent sur ce sujet de nombreuses dispositions, n'étaient point tenus de faire inventaire ni de donner caution de leur administration future, comme en droit romain ; ils pouvaient librement vendre les biens immeubles de leurs pupilles après trois proclamations, sans aucune garantie pour l'emploi des deniers et pour la reddition des comptes [3].

[1] SEXTE, lib. II, tit. 1, cap. 2.

[2] JOANNIS ANDREÆ SUMMULA DE PROCESSU JUDICII. — Ex codice Basileensi, c. 5, 19, in integrum restituit AGATHON WUNDERLICH, in universitate Basileensi professor publicus ordinarius. — Bâle, 1840 (in-8° de 59 pages).

[3] *Cout.*, liv. I, tit. 3, et tit. 19, art. 4 ; liv. XI, tit. 7, art. 5 et 8.

Digitized by Google

Ces dispositions également contraires au Droit romain, à l'équité, à la probité publique et privée, entraînaient et consacraient la spoliation des mineurs; et l'ancien usage avait produit tant de ruines scandaleuses, qu'en 1285, dans l'année même où les coutumes de Toulouse venaient d'être reconnues et approuvées par le Roi, deux commissaires royaux, Rodolphe, évêque de Laon, et Jean, comte de Forez, chargés par Philippe le Bel d'une mission dans les provinces de la langue Occitanique *pro reformatione patriæ et correctione* CURIALIUM (expressions remarquables) rendirent un arrêté, célèbre sous le nom d'ARRESTUM SANE, afin d'enchaîner le désordre des tutelles et curatelles, et de donner aux incapables des garanties contre les spoliations dont ils étaient victimes.

Cet *arrestum Sane* (ainsi appelé du premier mot de l'un de ses principaux paragraphes) est un document curieux sur les mœurs du moyen âge. Il prouve combien les admirateurs exclusifs de cette époque doivent se défier quelquefois de leur système historique. L'histoire du Droit ne peut marcher qu'à la lumière des textes et des coutumes constatées; elle est à l'abri, sous cette nécessité, du double péril de calomnier le passé ou de se faire illusion sur ses véritables caractères. Je vais traduire ce document, oublié dans son latin un peu barbare. — Nous sommes à la fin du XIIIe siècle, après le beau règne de saint Louis; et voici la traduction fidèle de l'arrêté rendu par l'évêque et le comte chargés de la réformation [1] :

« Nous Rodolphe, par la permission divine, évêque de Laon, et Jean, comte de Forez, envoyés dans les contrés de la langue occitanique pour *la réforme du pays et la correction des curiales*, au nom de notre sire le roi de France et de Navarre : — Faisons savoir à tous que nous avons reçu les supplications *des vénérables consuls de la ville et des faubourgs de Toulouse*, et de plusieurs nobles et non nobles, venus à nous pour causes ci-dessous indiquées; lesquels nous ont affirmé qu'à raison de la mauvaise et inhabile gestion des tuteurs, les biens meubles

[1] L'Arrestum *sane* est dans l'édition de *Casaveteri* (f° 70) et dans Richebourg, *Coutum. général.*, IV, p. 1066).

Il ne se trouve point dans l'indigeste compilation de *François-François* (1615), ni dans le Recueil de *Soulatges*, trop souvent incomplet dans sa traduction (1770), ni dans le Praticien de Gabriel *Cairon*, qui a un appendice sur les Anciennes Coutumes (1604, in-4°).

Digitized by Google

et immeubles des pupilles et des adultes, remis aux tuteurs et curateurs sans confection d'inventaire, sont dévastés ou dilapidés, à tel point que les pupilles et les mineurs se trouvent réduits ensuite à la pauvreté et à l'indigence.— C'est pourquoi, désirant pourvoir à l'état des pupilles et adultes, à la conservation de leurs biens, à la gestion des tutelles et curatelles, nous faisons, de l'autorité du roi, les ordonnances suivantes :

» Comme il est constant que, dans l'âge de la minorité, le jugement est fragile et infirme, soumis à beaucoup de surprises, exposé aux piéges de plusieurs, les lois civiles, d'accord avec l'équité naturelle, sont venues au secours des mineurs contre les captations et les embûches. Or il convient que les secours et remèdes soient apportés surtout contre la *malice* des tuteurs et curateurs eux-mêmes, et les précautions doivent être d'autant mieux établies de ce côté, que la familiarité de leur administration est plus dangereuse pour les pupilles.

» Nous avons appris, en effet, par les assertions de plusieurs personnages dignes de foi, que certains tuteurs et curateurs, aveuglés par leur propre intérêt, et désireux de soustraire *frauduleusement* les choses et les biens des mineurs, ne font pas d'inventaire, ou le font tardivement, et en dehors de *la prévision des lois*, et qu'au mépris des serments auxquels ils sont spécialement astreints, ils s'emparent de l'administration, occupent les biens, *cachent* les choses pour les *appliquer ensuite* à leur propre usage et dilapident, dévastent, dispersent misérablement le patrimoine des pupilles. Aussi il arrive souvent que lorsque les parents des mineurs ont laissé en mourant des richesses mobilières et immobilières, des maisons opulentes, bien construites, bien pourvues et garnies de tout, on ne trouve plus, au terme de la gestion des tuteurs, que des maisons dégradées ou en ruine, dépouillées de leurs meubles et de leurs autres richesses. Par leurs fraudes et négligences, ils réduisent comme à rien le patrimoine pupillaire; ce qui reste peut à peine suffire aux premières nécessités ; et des pupilles ou adultes qui devraient, tant par l'héritage de leurs pères que par les fruits et revenus en provenant, florir et abonder en richesses, si leurs biens avaient été soigneusement administrés et fidèlement conservés, tombent souvent dans la dernière pauvreté.

» C'est pourquoi, nous, compatissant pieusement auxdits mineurs et désirant obvier aux malices et fraudes de ce genre,

Digitized by Google

nous avons statué sur ce que doivent faire les tuteurs et curateurs avant de s'immiscer dans la gestion, et de toucher aux biens meubles et immeubles des mineurs ;

» En conséquence, nous voulons :

» Que les tuteurs et curateurs, aussitôt qu'ils auront appris qu'une tutelle ou curatelle leur est déférée, et au plus tard dans le délai de huit jours, se présentent devant le juge ordinaire du lieu, qu'ils donnent *caution valable et prêtent serment.* Et alors, de l'autorité du juge, en présence d'un notaire public et de quelques hommes probes, choisis dans la famille des pupilles et des adultes, ou, à défaut de parents, parmi les amis et les plus proches voisins connaissant les ressources et facultés desdits mineurs, il *sera fait inventaire*, par écrit, des biens meubles et immeubles, en quelque lieu qu'ils existent, et, si l'opération ne peut être faite en un seul contexte, ou terminée en un seul jour, à cause de l'étendue et de la diffusion du patrimoine, ou pour toute autre cause légitime, elle sera continuée les jours suivants et *achevée sans désemparer*. S'il en est autrement, nous ordonnons que lesdits tuteurs et curateurs soient censés, comme l'ont sanctionné les lois, avoir fait ou *commis un dol* [1], et qu'ils soient écartés comme *suspects* de toute tutelle et curatelle, à moins toutefois que, tuteurs donnés et constitués par testament, ils n'aient été *dispensés expressément de l'inventaire*, à raison des liens de parenté ou d'amitié faisant présumer la bonne foi.

» Il est *certain* aussi que trop souvent (SANE et *plerumque*) [2] des tuteurs et curateurs induisent et conduisent, par fraude et séduction, les mineurs qu'ils ont reçus en leur foi et sauvegarde à leur donner, pendant et après leur administration, des quittances et décharges de gestion ; qu'ils se font faire des cessions et des donations immodérées des biens de leurs pupilles ; et que même, de ces quittances ou donations suggérées et dolosives ils exigent des actes publics, couverts par le serment et accompagnés d'autres précautions de droit.

» C'est pourquoi, voulant obvier aux fraudes de ce genre et pourvoir à la défense des mineurs, nous prohibons à l'avenir ces donations, cessions et autres choses semblables pendant

[1] *Cod. Just.*, V, 43, 9 : Susceptos tutores ex dolo. — Casaveteri, fol. 71.

[2] C'est du premier mot de ce paragraphe que l'arrêté a été qualifié. *Arrestum* SANE *vulgariter nuncupatum*, dit Casaveteri.

Digitized by Google

l'administration des tuteurs et curateurs, ou, depuis, pendant tout le temps accordé aux mineurs pour la restitution *in integrum;* — à moins toutefois qu'elles n'aient été consenties sans fraude, sous l'autorité ou l'approbation légitime du juge compétent, et en présence de quelques hommes probes, pris dans la famille ou parmi les amis, et dûment appelés; — Nous déclarons nulles et de nul effet toutes cessions ou libéralités autrement consenties.

» Nous voulons, au surplus, que les tuteurs ou curateurs, qui auront essayé d'en profiter, soient plus étroitement contraints à rendre compte, et qu'ils fassent restitution entière des reliquats, nonobstant toutes donations, quittances, cessions, garanties et obligations quelconques;

» Et qu'en outre, la peine du *double* soit exigée d'eux et appliquée aux droits du fisc.

» Faisons inhibition et défense à tous notaires ou tabellions de recevoir et autoriser par leur assistance (sub virtute eorum) le *serment* de telles donations, quittances, cessions et autres assurances ou cautèles, qu'ils verraient ou sauraient se machiner au préjudice desdits mineurs, et d'en passer actes publics, sinon en présence du juge et des autres prud'hommes dénommés ci-dessus. — Que s'ils contrevenaient à la défense, nous ordonnons qu'ils soient à jamais privés de leur office de tabellionat ou de notariat public, sans aucun espoir de restitution; et le tabellion qui aurait reçu les instruments des contrats prohibés sera, en outre, puni de *la peine d'exil perpétuel.*

» Au reste, si les tuteurs et curateurs, après l'expiration de leur administration, se montrent difficiles ou rebelles pour la reddition de leurs comptes et la prestation du reliquat, nous voulons, non qu'il soit procédé par assignation et avec des formes toujours onéreuses aux mineurs, mais que les tuteurs et curateurs présentent leur compte et reliquat devant le juge ordinaire du lieu, sommairement, *de plano*, sans action et éclat judiciaire, ou devant une autre personne commise par le juge pour recevoir ledit compte;

» Que s'ils se montrent rebelles, frauduleux ou négligents quant à l'observation de la présente règle, nous voulons qu'ils soient aussitôt *contraints* (de leur personne) à la restitution de tous les biens, tant meubles qu'immeubles, ainsi que des fruits

Digitized by Google

et revenus, tant perçus que pouvant ou devant l'être, avec tous dépens et dommages-intérêts [1];

» Et, s'il y a nécessité, à raison de leur malice et improbité, nous voulons qu'ils subissent, en outre, la peine de la *confiscation des biens*, laquelle sera prononcée par le juge, *sans autre forme* de procès ou de jugement;

» Et, enfin, si les mineurs ne peuvent point poursuivre personnellement la reddition de compte ou négligent de le faire par simplicité, les juges sont tenus de poursuivre d'office; — et si *les juges* eux-mêmes n'observent pas les statuts et ordonnances à ce sujet, ils seront punis par leurs supérieurs des *mêmes peines* et d'autres châtiments, s'il y a lieu.

» Mandons et ordonnons, de la même autorité royale, à tous et à chacun des sénéchaux, juges, viguiers et autres officiers royaux, exerçant juridiction dans *tout le pays* de la *langue occitanique*, d'exécuter, en vertu de leur serment, et de faire tenir et observer inviolablement les présentes [2]. »

Ainsi, les anciennes coutumes de Toulouse, bien que fortement imprégnées de traditions romaines, n'étaient pas toujours conformes au Droit romain, dans les matières les plus importantes réglées par ce droit, telles que l'état des personnes, la capacité des femmes, les droits de succession des filles dotées, la gestion des tuteurs et curateurs, les garanties des pupilles. Les mœurs locales, venant des origines les plus anciennes de la famille, ou nées d'intérêts et d'influences qui se sont développés au moyen âge, ont plusieurs fois produit dans les coutumes de la cité de notables et même de funestes exceptions aux règles du droit civil de Rome. Mais à mesure que la civilisation grandira sous la double puissance du Droit romain et du christianisme, ces exceptions s'évanouiront, comme on vient de le voir dans l'ordonnance, un peu prolixe, mais caractéristique, sur l'exercice des tutelles et curatelles. — Et, à cet égard, s'est produit ce fait singulier, que dans l'année où le texte des anciennes coutumes de Toulouse venait d'être solennellement confirmé, il n'était déjà plus, sur la demande même des consuls, qu'une

[1] *Compellantur*. Casaveteri ajoute en note : De *Jure*, possunt compelli arrestatione personæ. C'est la *contrainte par corps* exercée en matière de reddition de compte.

[2] V. le texte de l'*arrestum Sane* dans Casaveteri, fol. 70, 74.

Digitized by Google

lettre morte, et remplacée dans plusieurs titres, en faveur des mineurs, par une ordonnance empruntée surtout à la sagesse des lois romaines : tant l'empire du *vrai droit*, si bien défini dans la langue philosophique de Cicéron, est soudain quelquefois et irrésistible [1]; — tant la vérité est puissante pour traverser d'un de ses rayons les coutumes positives les plus anciennes, qui avaient pour elles l'habitude des siècles, mais auxquelles manquait le principe de ce droit, que saint Thomas d'Aquin appelait en même temps, dans le beau langage de la philosophie chrétienne, le *droit naturel* et *divin* [2]. F. LAFERRIÈRE.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

DE L'INTERRUPTION DE PRESCRIPTION ET DE SES EFFETS,

ET DE LA NATURE DE LA PRESCRIPTION.

Par M. F. Mourlon, docteur en droit.

Nota. *Cet article avait été écrit par l'auteur en vue de répondre à la critique dont une de ses théories avait été l'objet de la part de M. Marcadé. L'auteur avait cru devoir le communiquer à M. Marcadé, qui l'avait lu et en avait lui-même demandé l'insertion. Mais le manuscrit s'est trouvé parmi les papiers de M. Marcadé, et ne nous a été remis qu'après l'inventaire qui en a été fait à sa mort. Ceci explique le retard qui a été mis à la publication de cet article, auquel l'auteur a cru devoir conserver la forme épistolaire dans laquelle il l'avait composé.*

A M. V. Marcadé.

Monsieur,

Vous m'avez fait l'honneur de me prendre à partie; me permettrez-vous de me défendre? Je n'ai pas besoin, je pense, d'insister à cet égard. Vous avez trop de justice, et vous aimez trop la vérité, pour me refuser le droit de réponse après avoir si largement usé contre moi du droit de critique.

[1] V. le Discours de M. le conseiller Caze, président de l'Académie de législation (séance du 20 décembre 1854) : Assentior ut quod rectum verum quoque sit.... (Cicer., *De Leg.*)

[2] Summa Thomæ, cap. *De Legibus*. (V. l'Analyse de M. le professeur Bressoles, dans le Compte rendu de l'Académie de législation.)

Digitized by Google

A Dieu ne plaise, d'ailleurs, que je commette l'imprudence de prendre vis-à-vis de vous la position d'un adversaire. Mon but est moins ambitieux ; je désire simplement ouvrir une discussion honnête et loyale sur quelques-uns des points que vous avez touchés dans votre dernier travail, et à l'occasion desquels vous me reprochez d'être tombé dans l'oubli des principes les plus élémentaires du droit. J'essayerai, dans la mesure de mes forces, de vous convaincre vous-même que, si vos observations sont justes à quelques égards, elles pêchent en général par trop de vivacité.

Vous n'aurez pas, au reste, du moins je l'espère, à vous plaindre du conflit que j'élève. J'y entre sans aucune arrière-pensée, et je retire d'avance toute expression qui serait de nature à vous blesser ; elle dénaturerait mes intentions. Vous avez eu pour mon livre des paroles d'estime en même temps que des critiques ; je m'honore de vos éloges, et je vous en remercie ; j'aurais accepté de même vos critiques si une méditation nouvelle m'eût démontré leur exactitude ; mais des doutes graves me sont restés ; je viens vous les soumettre. Vous jugerez.

§ 1er. — L'interruption de prescription produit-elle son effet dans le passé et dans l'avenir, ou seulement dans le passé? — La demande en justice est-elle suspensive en même temps qu'interruptive? — A-t-elle pour effet de transformer en prescriptions trentenaires les prescriptions abrégées qu'elle interrompt? — Mêmes questions sur le commandement et la saisie.

J'ai fait remarquer, dans mes *Répétitions écrites* sur la prescription, qu'à la différence de la suspension, qui n'a d'effet que *dans l'avenir*, l'interruption ne produit le sien que *dans le passé*. Rien, à votre avis, n'est plus inexact. « Nous avons, dites-vous, » trouvé dans le livre de M. Mourlon [1] une erreur qui nous a » tellement frappé, et qui est en effet si profonde, si capitale, » si dangereuse, que nous ne pouvons nous dispenser de la si- » gnaler... Qui croirait que dans un livre annoncé comme étant » la substance des meilleures leçons de l'École de Paris, on pré- » sente *l'interruption* de prescription comme un fait n'agissant » *que sur le passé*, jamais *sur l'avenir*, comme un fait qui, en » supprimant la prescription antérieure, n'empêche jamais une » prescription nouvelle de recommencer à l'instant même. »

[1] *Répétitions écrites sur le 3e examen du Code Napoléon.*

Digitized by Google

Cette énormité vous a semblé si étrange, « qu'il vous a fallu, » pour y croire, me lire et relire plusieurs fois ? »

Vous l'avouerai-je, à mon tour; mon étonnement n'a pas été moins grand de trouver, dans un travail signé de votre nom, la négation si tranchée et si absolue du principe que j'ai posé! Rien, assurément, ne prouve mieux combien les hommes les plus éclairés sont exposés à de fâcheuses méprises.

La vérité du principe qui vous a si grandement tenu l'esprit en peine est si éclatante, je dirai même si évidente, qu'il est, en quelque sorte, impossible d'en fournir la démonstration. Comment, en effet, établir dogmatiquement que *l'interruption* ne peut avoir qu'un effet *interruptif*, de même que la *suspension* ne peut être que *suspensive?* Je vous dirais bien que cette idée a été admise dans tous les temps, et par les auteurs les plus exacts; mais l'autorité n'étant pas raison, ce serait peine perdue que se jeter dans la voie des citations. Faut-il donc absoment que je raisonne par syllogismes, et que j'apporte des textes à l'appui de mes arguments? J'essayerai.

Remarquez tout d'abord que l'interruption et la suspension étant rangées dans deux sections particulières, mises en regard et comme opposées l'une à l'autre, il est naturel de penser que ces deux institutions ont des effets qui leur sont propres, mais point d'effets communs.

Si l'interruption, au lieu d'être simplement *interruptive*, était en même temps *suspensive*, la loi eût à coup sûr réglé ses effets *suspensifs*. Or, y a-t-il, dans les sept articles de la section sur l'interruption, quelque chose, un mot seulement, qui ait trait, de près ou de loin, à la suspension, et qui la rappelle? Qu'on rapproche les textes sur l'interruption des dispositions relatives à la suspension, et qu'on les compare. La différence est marquée et saisissante!

Lorsque la loi organise la suspension, elle n'oublie jamais de fixer expressément ou implicitement le temps qu'elle dure, en indiquant le moment où elle commence et l'époque où elle doit finir. Étudions en courant quelques-unes de ses dispositions.

« La prescription ne court point contre les mineurs et les interdits.... (art. 2252). » Ici le commencement et la fin de la suspension sont indiqués par la nature même des choses; elle commence et finit avec la minorité ou l'interdiction de la personne exposée au danger de la prescription.

Digitized by Google

« La prescription ne court point entre époux... (art. 2253). » Ici encore nous savons, par la nature même de la cause qui crée la suspension, qu'elle commence et qu'elle finit *avec le mariage*.

« Le prescription ne court point, pendant le mariage, à l'égard de l'aliénation du fonds dotal... (art. 2255). » La durée de la suspension, et, par suite, le moment où la prescription reprendra son cours, sont ici expressément indiqués. Il en est de même dans les hypothèses prévues et réglées par les art. 2256 et 2257.

Lors, au contraire, que la loi traite de l'interruption, elle indique, elle précise les faits qui l'engendrent, mais c'est tout. Là s'arrêtent ses explications. Combien de temps l'interruption durera-t-elle? Quand la prescription commencera-t-elle à courir de nouveau? Sur ces deux points, la loi est absolument muette. Or si elle ne règle en aucun cas le temps que durera l'interruption, n'est-ce pas parce qu'à ses yeux l'interruption n'a, en aucun cas, de durée dans l'avenir?

Si j'eusse soutenu que l'interruption et la suspension ne se trouvent jamais ensemble dans le même acte, vos critiques seraient alors d'une parfaite exactitude. Mais ai-je donc écrit cette énormité? Tout au contraire, j'ai eu le soin de prévenir le lecteur que l'interruption et la suspension, bien que différentes dans leurs effets comme dans leurs causes, peuvent très-bien naître ensemble d'un fait complexe. Supposez, ai-je dit, qu'un débiteur reconnaissant une dette actuellement exigible s'engage à la payer dans un certain délai : la prescription se trouvera en même temps interrompue et suspendue : interrompue, puisque le débiteur a reconnu sa dette (art. 2248) ; suspendue, puisque la dette nouvelle qu'il a contractée est accompagnée d'un terme (art. 2257). Mais remarquez que dans l'espèce il y a deux faits réunis et confondus dans un même fait qui est complexe, savoir, d'une part, la reconnaissance de la dette, qui interrompt la prescription, et d'autre part, la stipulation d'un terme qui la suspend.

Ne confondez donc point l'interruption avec les faits d'où elle peut naître. L'interruption n'est et ne peut être qu'interruptive. Au contraire, les faits qui l'engendrent pouvant être mixtes, on comprend sans peine qu'ils soient quelquefois *suspensifs* en même temps qu'*interruptifs*.

Il se peut même que le fait interruptif mette les choses en un

Digitized by Google

tel état, que la prescription restera, non pas seulement suspendue, mais complétement impossible. Ainsi, lorsqu'un possesseur en voie de prescrire abandonne sa possession, cet abandon n'interrompt point seulement la prescription, il fait plus encore que la suspendre, il la rend impossible, puisqu'on ne prescrit que ce que l'on possède. Dès lors, il est inutile de parler de sa suspension. Comment, d'ailleurs, suspendre une prescription qui ne peut pas courir? La suspension suppose que la prescription qu'elle arrête en son cours réunit en elle tous ses éléments essentiels, et qu'ainsi elle atteindrait le but, n'était la prohibition de la loi qui lui fait obstacle. Mais lorsqu'il n'y a rien à prescrire, il n'y a rien à suspendre.

Voici donc, en résumé, ma pensée : l'interruption rend inutile et comme non avenu le temps qui l'a précédée, mais sans empêcher une prescription nouvelle de commencer à l'instant même, si d'ailleurs la prescription reste possible en soi, et pourvu, bien entendu, qu'au fait qui l'a interrompue ne s'en soit pas joint un autre qui l'ait en même temps suspendue.

Ce principe m'a amené à dire que la *demande en justice* efface bien le temps qui l'a précédée, *mais qu'une prescription nouvelle commence au jour même de la demande.* J'ai dû être logique. La demande en justice est un fait simple; la loi l'a placée parmi les causes d'interruption, à côté du commandement, de la saisie et de la reconnaissance de la dette (art. 2244-2248); aucune disposition ne l'a rendue suspensive. Dès lors, et de même que le commandement, la saisie et la reconnaissance de la dette, elle n'a et ne peut avoir qu'un seul effet, un effet purement interruptif.

Cette logique semble vous irriter, et, dans l'indignation qu'elle vous cause, vous ne craignez point de m'accuser d'obscurcir les voies de l'enseignement par la légèreté de mes doctrines. « Où, dites-vous, ira l'élève avec de tels points de départ? » Quelle construction scientifique pourra-t-il élever avec de pa- » reils fondements? Comment, la demande en justice va laisser » une prescription nouvelle recommencer à l'instant! Comment, » mon débiteur va prescrire sa dette dans le temps même où je » suis en instance contre lui, en sorte que si le procès est plus » long que le délai de la prescription, ma créance serait éteinte » quand viendrait le jugement qui le condamne à me payer? » C'est vraiment à n'y pas croire, après l'avoir lu et relu.

Digitized by Google

« Puisque la demande a la propriété *de tuer* la prescription, » comment voudrait-on qu'une prescription nouvelle pût *naître* » tant que cette demande est là subsistante? Aussi l'imprescrip- » tibilité de l'action, pendant toute la durée du procès, fût-il » de *trente* ou *quarante* ans, est-elle une des notions les plus » élémentaires du droit, et la vulgarité de la maxime *actiones* » *semel inclusæ judicio salvæ permanent*, aurait bien dû préve- » nir une aussi étrange hérésie. »

Je ne sais si je me trompe, mais je suis tenté de croire qu'il n'y a entre vous et moi qu'un simple malentendu; j'ai été assurément mal compris : je reprends donc ma pensée, et je l'expose en quelques mots.

Tout droit, de quelque nature qu'il soit, est prescriptible, quelle que soit d'ailleurs la qualité ou la condition de la personne qui en est nantie. Telle est la règle (art. 2251 et 2262); personne n'échappe à son empire, s'il n'existe dans la loi quelque exception en sa faveur; le créancier ou le propriétaire qui a formé une demande en justice n'est point désigné parmi les personnes privilégiées contre lesquelles la prescription ne court point. Or, s'il n'est point dans l'exception, il reste dans le droit commun; si la règle le régit, la prescription court contre lui. J'ai donc eu raison de soutenir *qu'à partir de la demande, une prescription nouvelle prend cours contre le demandeur*.

Est-ce à dire pour cela que si le procès dure plus de trente ans, le débiteur se trouvera libéré quand viendra le jugement qui le condamnera à payer? Non pas, assurément! Si le procès continue après la demande, si l'instance s'engage par la série des actes nécessaires pour aboutir au jugement, alors la prescription, déjà interrompue par la demande, subit une interruption nouvelle chaque fois que le demandeur procède à un acte nouveau. Ces actes ne sont point, il est vrai, des demandes proprement dites; mais comme ils se lient à celle qui a déjà été formée, et qu'ils l'impliquent, ils la renouvellent implicitement, en sorte qu'on les peut considérer comme des réitérations de la demande originaire dont la force interruptive se trouve ainsi renouvelée à chaque acte nouveau. Lors, par exemple, que le demandeur répond aux défenses qui lui ont été signifiées, sa réponse est comme une demande nouvelle dont l'effet est d'interrompre la prescription qui avait commencé de courir contre lui depuis le jour de sa demande. Ainsi, chacun des actes de

Digitized by Google

procédure faits ou signifiés à la requête du demandeur, effaçant le temps qui l'a précédé, le temps après lequel la prescription est accomplie, prend date *du jour de la dernière poursuite, non suivie de jugement.* Dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu jugement, le point de départ de la prescription se place au jour de la condamnation.

Cette règle n'est pas de moi ; la loi me la fournit elle-même. Elle est, en effet, écrite en toutes lettres dans l'article 189 du Code de commerce, aux termes duquel les cinq ans nécessaires pour la prescription des actions relatives aux lettres de change se comptent « à partir du jour du protêt ou *de la dernière poursuite juridique, s'il n'y a pas eu de condamnation.* » La même idée se retrouve dans l'article 637 du Code d'instruction criminelle : « L'action publique et l'action civile, y est-il dit, se prescrivent par dix ans à compter du jour où le crime aura été commis, si dans cet intervalle il n'a été fait aucun acte d'instruction ni de poursuite. — S'il a été fait dans cet intervalle des actes d'instruction ou de poursuite non suivis de jugement, l'action publique et l'action civile ne se prescrivent qu'après dix années révolues, *à compter du dernier acte.* »

Vous voyez donc, monsieur, qu'alors même qu'on se place dans l'hypothèse d'un procès régulièrement suivi, ma proposition reste absolument vraie : à partir de la demande une prescription nouvelle court contre le demandeur, prescription qui suivra son cours jusqu'au bout, à moins qu'il n'intervienne de la part du demandeur un acte nouveau de procédure ou de poursuite qui l'interrompe à son tour.

On soutient cependant que la demande en justice, *quoique non suivie d'instance*, continue d'être interruptive tant qu'elle est subsistante, c'est-à-dire tant qu'elle n'est pas détruite par l'effet d'un désistement ou d'une péremption. Cette doctrine paraît être la vôtre. « Puisque la demande, dites-vous, a la propriété de *tuer* la prescription, comment voudrait-on qu'une prescription nouvelle pût *naître* tant que cette demande est la *subsistante?* »

Permettez-moi une espèce. Les exemples sont ici nécessaires pour inculquer la règle tant elle est extraordinaire. Je vous assigne en payement d'une somme dont je me prétends créancier du chef de mon frère qui est décédé : au lieu de me répondre par une constitution d'avoué et de lier l'instance, vous venez amiablement m'avertir que ma demande n'a aucune espèce de fonde-

Digitized by Google

ment. « Oui, me dites-vous, j'ai dû à votre frère la somme que vous me réclamez, mais je la lui ai payée; voici la quittance. » Mieux instruit alors, je laisse là ma demande sans plus m'en préoccuper; convaincu de votre côté que je ne lui donnerai aucune suite, vous n'en demandez pas la péremption après les trois années qui ont couru depuis sa date.

En présence de ces faits, que décide-t-on? Que la demande étant restée *subsistante* (car il n'y a eu ni désistement ni péremption), la prescription est restée PERPÉTUELLEMENT SUSPENDUE. Dites vous-même s'il fut jamais plus grosse hérésie! Comment! la citation en justice aura, quoique non suivie d'instance et sous le prétexte que le défendeur aura négligé d'en demander la péremption, cet effet extraordinaire et unique de perpétuer le droit réclamé; en sorte qu'après des siècles, l'action du demandeur, devenue si miraculeusement imprescriptible, pourra être utilement exercée par les héritiers des héritiers du demandeur contre les héritiers des héritiers du défendeur! Quoi! parce que le créancier aura un jour lancé une assignation, oubliée aussitôt que formée, les cautions et les codébiteurs solidaires du défendeur qui aura négligé de réclamer la péremption de la demande resteront à jamais privés du bénéfice de la prescription! L'obligation qu'ils ont acquittée peut-être les suivra, eux et leur postérité, dans toute la série des siècles futurs!

Il faudrait, vous l'avouerez, pour faire accepter un système aussi étrange, l'appuyer sur un faisceau de preuves tellement décisives qu'on ne pût point les récuser! Car quelles raisons en donnera-t-on? Invoquera-t-on l'esprit de la loi? Rien n'y est plus contraire que cette imprescriptibilité du droit réclamé! S'appuiera-t-on sur des textes? Cette imprescriptibilité absolue, perpétuelle, les viole tous. Comptons-les!

Violation de l'article 2262, qui passe le niveau de la prescription de trente ans non-seulement sur *tous les droits*, mais encore sur *toutes les actions*, c'est-à-dire tant sur les droits *réclamés en justice* que sur ceux qui n'ont encore donné lieu à aucun débat; lors, en effet, que la loi oppose dans la même phrase l'*action* au *droit*, elle entend ordinairement par *action* le droit *mis en exercice* par opposition au droit resté au repos. (Argument tiré des art. 529, 724 et 1250, 1°.)

Violation de l'article 2244, qui ne donne à la citation en justice qu'un effet *interruptif*.

Digitized by Google

Violation des articles 2251 à 2259 qui ne placent point le demandeur en justice parmi les personnes privilégiées contre lesquelles la prescription ne court point.

Violation de l'article 2274, qui en mettant, dans l'espèce qu'il prévoit, la citation en justice sur la même ligne qu'un compte arrêté ou tout autre acte portant reconnaissance de la dette, montre assez que la prescription qui commence à courir du jour même de l'arrêté de compte ou de la reconnaissance de la dette court également du jour de la demande.

Violation enfin des articles 189 du Code de commerce et 637 du Code d'instruction criminelle, aux termes desquels la prescription dont ils traitent court, quand il n'y a pas eu de jugement, du jour *de la dernière poursuite.*

Vous pouvez consulter une à une toutes les dispositions de notre droit, fouiller le Bulletin des lois ou passer en revue les 2281 articles de notre Code, vous ne parviendrez jamais à découvrir, même en violentant les textes, une seule disposition, je ne dis pas une disposition formelle, mais une phrase ambiguë ou obscure que vous puissiez citer à l'appui de votre système.

Pourrez-vous au moins vous retrancher en quelque analogie?

Non, les analogies dont le principe existe dans les différentes dispositions de la loi sont toutes contraires au principe de l'imprescriptibilité des droits portés en justice.

J'ai déjà montré qu'en assimilant (sous le rapport de l'influence que ces actes peuvent avoir sur la prescription) la demande en justice à un arrêté de compte ou à une reconnaissance de dette, l'article 2274 prouve clairement que la demande n'est pas plus énergiquement interruptive que tout autre acte interruptif. L'article 2244 va nous fournir un rapprochement plus décisif encore.

Si le créancier muni d'un titre exécutoire signifie un commandement à son débiteur, ce préliminaire des poursuites qu'il va faire interrompt la prescription; procède-t-il ensuite à la saisie, cet acte d'exécution renouvelle l'interruption qu'avait opérée le commandement, et retarde ainsi la prescription de tout l'intervalle qui les sépare. Le commandement efface le temps antérieur à sa date, la saisie, le temps qui s'est écoulé depuis le commandement: en sorte que le temps nécessaire pour la prescription date, non pas du jour du commandement, mais du jour de la saisie. Que si, après avoir signifié son commandement, le créan-

Digitized by Google

cier, au lieu de continuer ses poursuites, reste dans l'inaction pendant trente ans, la prescription nouvelle qui avait commencé de courir du jour du commandement se trouve alors accomplie.

Ainsi l'acte préliminaire de cette procédure extrajudiciaire interrompt la prescription. — Une prescription nouvelle commence aussitôt, qui, à son tour, est interrompue par un acte nouveau; si cet acte n'a pas lieu, la prescription qui a suivi le premier continuant son cours finit par atteindre le but.

Le commandement et la saisie forment une espèce d'instance extrajudiciaire : c'est au moins l'avis de M. Troplong. Le commandement, dit-il, pose les fondements de la poursuite et lui sert de point d'appui; il contient *une véritable demande* qui est le principe de l'action, tellement que l'opposition qui y est faite n'est qu'une réponse à l'action, une reconvention, et par conséquent un incident à la poursuite[1].

Or si cette demande *extrajudiciaire* n'est simplement qu'interruptive de la prescription commencée, si elle n'a point pour effet d'empêcher une prescription nouvelle de commencer et de courir à l'instant même, pourquoi en serait-il différemment de la demande *judiciaire?* Y a-t-il, au point de vue de l'interruption, des différences marquées entre ces deux actes? Au contraire, la loi les met sur la même ligne; c'est dans le même article qu'elle en traite!

— Je me trompe pourtant, une différence existe, mais elle est tout à l'avantage du commandement. La demande en justice étant un acte judiciaire ou de procédure est sujette à péremption; le commandement qui n'est qu'un acte extrajudiciaire n'y est pas soumis : il ne peut cesser de valoir que par l'effet de la prescription. Si donc après avoir lancé son assignation, le demandeur discontinue ses poursuites pendant trois ans, le défendeur peut en demander la péremption, auquel cas la demande est considérée comme non avenue, et par suite réputée n'avoir pas interrompu la prescription. Le commandement, au contraire, conserve son effet pendant trente ans, alors même qu'il n'est suivi d'aucune procédure[2].

[1] T. II, n° 573; art. 718 C. pr. — Nancy, 29 novembre; Agen, 27 avril 1820.

[2] Pothier, éd. Bugnet, t. II, n° 696; M. Duranton, t. XXI, n° 267; M. Troplong, t. II, n° 575. — Toutefois, en matière de saisie immobilière, en cette matière seulement, le commandement est périmé au bout de trois ans, si la saisie n'est point pratiquée dans ce délai (art. 674 C. pr.); mais cette ex-

Digitized by Google

Cette différence me fournit un *à fortiori* décisif. Si, en effet, le commandement dont la vertu interruptive est plus énergique que celle que la loi attache à la demande en justice n'empêche point, *quoique subsistant*, la prescription de courir à compter de sa date, à bien plus forte raison doit-il en être de même de la demande en justice!

Peut-être essayerez-vous d'échapper à cette conclusion. Le débiteur, direz-vous, n'ayant aucun moyen pour faire tomber le commandement qui lui a été signifié, il est juste que la prescription coure à son profit : la position du défendeur n'est plus la même. La loi met en ses mains une arme dont il se peut servir pour mettre à néant la demande formée contre lui; qu'il réclame le bénéfice de la péremption, et alors la prescription qui avait commencé de courir n'aura pas même été interrompue *dans le passé*; mais s'il néglige d'user du droit mis à sa disposition, il est juste qu'il supporte la peine de sa négligence : la prescription qui devait le couvrir restera interrompue non-seulement dans le passé, mais encore dans l'avenir, puisque la demande qu'il pouvait anéantir et qu'il a laissée subsister continue par là même de produire son effet interruptif.

Cette objection est peu embarrassante. Tout ce qu'on peut, en effet, conclure de plus grave contre le défendeur, c'est que son silence implique une renonciation au bénéfice de la prescription; or les renonciations ne sont point admises en notre matière; elles n'empêchent point la prescription de courir (art. 2220)!

Mais, ajouterez-vous, la péremption ne produit pas son effet de plein droit; si le défendeur au lieu de la demander reste dans l'inaction, la procédure qui a été faite restera en état autant de temps qu'il gardera le silence (art. 399 C. pr. civ.). Or si la prescription court contre le demandeur, nonobstant sa demande restée subsistante, que deviendra alors le principe que la péremption n'a jamais lieu de *plein droit?* L'instance, l'action, le fond du droit, tout se trouvera, après un certain temps, emporté dans le même néant par l'effet d'une prescrip-

ception ne regarde que la saisie. Le commandement n'est périmé qu'en ce sens qu'il faut le renouveler à l'effet de procéder à la saisie : il subsiste donc, nonobstant cette péremption, comme acte interruptif de prescription. (V. M. Berriat-Saint-Prix, n° 569, note 19.)

Digitized by Google

tion, c'est-à-dire par l'effet d'une péremption qui n'aura pas été demandée : la loi sera ouvertement violée.

Qui ne voit de suite la faiblesse de cet argument? La péremption a été introduite dans l'intérêt du défendeur; lui seul peut la demander (10 décembre 1839; *J. du P.*, 2, 582). Or comment veut-on que cette règle, qui a été faite pour le protéger, puisse être tournée contre lui et le priver des avantages du droit commun? La péremption et la prescription étant différentes quant au temps après lequel le défendeur en peut bénéficier et quant à leurs effets, la loi a pu ne pas les soumettre au même régime. En général, trois ans suffisent pour la péremption; trois ans, c'est bien peu! En présence d'un délai aussi court, la loi a pensé qu'elle pouvait user d'indulgence à l'égard du demandeur resté inactif pendant ce temps; elle l'a pu d'autant mieux qu'à la différence de la prescription qui, par l'extinction du droit qu'elle entraîne, met fin à tout, la péremption, qui n'éteint que l'instance, laisse toujours une porte ouverte aux procès. Lors, au contraire, que le demandeur laisse, sans donner aucun signe de vie, passer la longue série des années de la prescription, sa négligence n'a plus d'excuse; l'intérêt public plus encore que l'intérêt particulier du défendeur exige qu'il subisse, sans remise, la peine de sa faute. Il faut un terme à tout; le but de la loi serait manqué si, après trente années d'inaction, le demandeur pouvait encore, sous prétexte que le défendeur a été lui-même négligent, échapper, par la signification d'un acte de procédure, aux conséquences de la prescription accomplie. Remarquez d'ailleurs que lorsque la prescription arrive, l'instance se trouve détruite, non point par l'effet de la péremption, mais par l'anéantissement du droit qui lui servait de fondement. La prescription amène l'extinction du droit, et, par voie de conséquence, l'extinction de l'instance qui tombe alors faute d'objet.

Ce système ne vous semble-t-il pas bien rationnel? Par quel effort de génie parviendrez-vous à montrer qu'au fond ce n'est qu'une erreur capitale? Pour moi, je constate qu'à l'appui du vôtre vous ne citez aucun texte. La loi vous faisant défaut, vous vous retranchez, comme en une forteresse inexpugnable, sous une métaphore appuyée d'un aphorisme; je vais vous suivre sur ce terrain.

Voyons d'abord votre métaphore. « Puisque la demande, dites-vous, a la propriété de *tuer* la prescription, comment voudrait-

Digitized by Google

on qu'une prescription nouvelle pût *naître* tant que cette demande est là *subsistante?* »

Admettons que, par impossible, cette idée soit juste, savez-vous alors ce qu'il en faudrait conclure? C'est que tout acte interruptif de la prescription aurait pour effet de la rendre indéfiniment impossible! Supposez, par exemple, qu'un créancier fasse un commandement à son débiteur ou que celui-ci reconnaisse sa dette; ne voyez-vous point qu'alors je pourrais dire comme vous : Puisque le commandement ou la reconnaissance de la dette par le débiteur a la propriété de *tuer* la prescription, comment veut-on qu'une prescription nouvelle puisse *naître* tant que le commandement ou l'acte de reconnaissance est là *subsistant?*

Votre erreur vient d'une confusion que vous avez faite. Vous avez, prenant un fait *fini* pour un fait *continu*, confondu un fait *subsistant* avec un fait *persistant*. Si les causes de suspension empêchent la prescription de courir, c'est qu'elles sont de leur nature continues, c'est-à-dire *successives* et *quotidiennes;* elles se renouvellent chaque jour, tant qu'elles durent. Ainsi, la minorité ou l'interdiction du créancier, le mariage dans les cas prévus par la loi, le terme ou la condition de la créance, produisent un effet *successif* et *quotidien*, qui se prolonge pendant un certain temps parce que les causes qui le produisent étant elles-mêmes *successives* et *quotidiennes*, les renouvellent incessamment; elles marchent, si je puis ainsi parler, avec le temps. Mineur aujourd'hui, le créancier le sera également demain et les jours suivants, tant que le jour de sa majorité ne sera pas venu; s'il y a mariage aujourd'hui, il y aura mariage demain, mariage chaque jour, tant que l'union des époux ne sera pas dissoute; terme aujourd'hui, terme demain, terme à chaque jour, tant que la dette ne sera pas exigible. Mais en est-il de même de la demande en justice? Formée aujourd'hui, sera-t-elle réputée renouvelée demain? non. Dès qu'elle est formée, elle constitue un fait *fini, achevé;* c'est donc un effet *fini* et non *successif* qu'elle produit. Sans doute elle reste *subsistante* en tant qu'elle ne disparaît point dans le passé, ce qui fait qu'elle *conserve*, tant qu'elle n'est pas détruite par la péremption ou par un désistement, l'effet interruptif auquel elle a donné lieu; mais elle ne constitue point un fait *persistant* et *successif*, elle conserve ses effets, mais elle n'en produit plus. Il est bien vrai encore

Digitized by Google

que si le demandeur, lui donnant suite, procède à de nouveaux actes de procédure, chacun de ces actes constituera implicitement une demande nouvelle, produisant à son tour un effet interruptif; mais comme ces demandes nouvelles ne sont elles-mêmes que des faits non successifs, elles n'ont, comme la demande primitive, qu'un effet fini. En un mot, agir et rester au repos sont deux termes qui réciproquement s'excluent l'un l'autre. Dès lors comment comprendre que le créancier agit encore alors qu'il reste dans un repos absolu? Autant vaudrait dire que l'*inaction* et le *mouvement* sont deux choses parfaitement égales! Je n'ignore point sans doute que ce qui est impossible selon l'ordre naturel des choses peut devenir possible *fictivement* par la toute-puissance de la loi; aussi n'insisterais-je point s'il m'était démontré que le créancier qui a formé une demande est *légalement* réputé la renouveler chaque jour, quoiqu'en fait, il ne fasse absolument rien. Mais cette fiction a-t-elle un but? Lequel? Dans quel intérêt la loi l'aurait-elle établie? Où est-elle écrite d'ailleurs? Y a-t-il quelque part un texte qui la consacre? Je n'en connais aucun pour mon compte; bien plus, l'esprit même de la loi y répugne. Comment, en effet, admettre que le créancier qui, après avoir formé sa demande s'arrête, soit réputé la renouveler chaque jour, alors que la loi, consacrant précisément la présomption contraire, voit dans son inaction un abandon tacite qui sert de fondement au droit de péremption qu'elle confère au défendeur?

J'arrive à votre aphorisme : « L'imprescriptibilité de l'action pendant toute la durée du procès, *fût-il de quarante ans*, est, dites-vous, une des notions les plus élémentaires de la prescription; elle est depuis longtemps l'un des aphorismes du droit, et la vulgarité de la maxime *actiones semel inclusæ judicio salvæ permanent*, aurait dû prévenir une aussi étrange hérésie [1]. »

Je n'ai pas, je vous le confesse, une foi bien robuste dans les aphorismes, et qu'ils soient vulgaires ou non, j'ai l'habitude de m'en défier. Rarement exacts quant au fond, plus rarement encore quant à la forme, ils ne sont, en général, propres qu'à faire illusion aux esprits superficiels. Ceux qui, comme vous, aiment sincèrement l'étude et ne se rendent qu'à bon escient, ne les acceptent jamais comme la raison dernière du problème dont

[1] La prescriptibilité du droit réclamé.

Digitized by Google

ils cherchent la solution. Aussi, monsieur, suis-je resté bien étonné de vous voir attacher tant d'importance à celui que vous m'opposez. Avec un peu plus de soin, il vous eût été facile de voir qu'il n'a ni le sens ni la portée que vous lui avez donnés par mégarde, et qu'au lieu de vous venir en aide, il vous condamne de la manière la plus formelle.

La maxime *actiones quæ morte aut tempore pereunt semel inclusæ judicio salvæ permanent* est empruntée à Gaius (L. 139 pr., D., *De reg. jud.*). Or Gaius veut-il dire que par cela seul qu'une demande en justice a été formée, le droit qu'elle a pour objet est désormais à l'abri de toute prescription et ne peut plus être compromis par la négligence du demandeur? En aucune façon, car nous voyons dans Gaius lui-même (Comm. IV, §§ 104 et 105) que, dans le cas d'un *judicium legitimum*, dix-huit mois s'étant écoulés depuis la demande, ou dans le cas d'un *judicium imperio continens*, le magistrat qui avait donné l'action ayant cessé ses fonctions, le jugement ne peut être obtenu et l'action est à jamais perdue par suite de la péremption de l'instance. La loi 139, *De reg. jur.*, signifie donc simplement que l'événement (l'expiration du délai utile pour agir ou la mort du débiteur), qui eût entraîné l'extinction du droit s'il fût arrivé *avant* la *litis-contestatio*, n'aura point cet effet s'il arrive *après*. Mais aucun jurisconsulte romain n'a jamais, que je sache, soutenu que le droit porté en justice fût par cela même désormais à l'abri de toute atteinte.

Direz-vous que la proposition de Gaius a dû changer de sens en passant du vieux droit romain dans le droit de Justinien? Les textes les plus formels démentiraient votre allégation. Une constitution d'Honorius et de Théodose portait déjà qu'après trente ans écoulés *depuis le dernier acte juridique* la prescription serait acquise au défendeur (L. 1, § 1, C. Théod. *De act. cert. temp. fin.*). Justinien suit le même principe; mais plus favorable au demandeur, il porte à quarante ans le terme après lequel la prescription est acquise (L. 9 C., *De præscr.* 30 *vel* 40 *ann.*). Les termes de sa Constitution sont remarquables. Si vous voulez bien, monsieur, prendre la peine de les relever, je ne doute point que vous ne restiez convaincu que dans la pensée de son auteur la prescription qu'il organise éteint non pas seulement l'*instance*, mais le *droit* lui-même. Il ne faut pas, dit-il, mettre sur la même ligne celui *qui s'est tu dès l'origine* avec celui *qui*,

Digitized by Google

ayant réclamé en justice, s'est engagé dans les débats judiciaires et que quelque accident a empêché d'arriver à fin. Ce dernier mérite qu'on le secoure ; trente ans ne lui suffiraient pas peut-être pour la sauvegarde de son droit ; je lui en donne quarante !

Par quelle étrange inattention avez-vous donc, monsieur, été amené à citer à l'appui de cette thèse que les *droits portés en justice deviennent par cela même imprescriptibles*, les textes d'une législation qui précisément tenait pour principe que *les droits, quoique portés en justice, restent néanmoins prescriptibles?*

L'étude des origines, je ne le nie point, est utile, indispensable même pour la saine intelligence de nos Codes ; mais il faut être prudent, et, si l'on ne veut pas courir le risque de tromper la justice, n'étudier les vieux textes qu'avec une patiente et scrupuleuse attention ; ce n'est qu'à cette condition qu'on en peut découvrir le véritable sens, caché le plus souvent sous des formules qui ont toute l'obscurité d'une énigme.

Mais voici qui est plus grave. Cette maxime que vous me reprochez d'avoir méconnue et dont vous faites ici une si fausse application, savez-vous l'estime que vous avez pour elle quand, par aventure, vous la rencontrez sur votre chemin et qu'elle vous fait obstacle? Vous l'écartez sans plus de souci! Reportez-vous, en effet, à votre commentaire de l'article 957. Une question y est soulevée au sujet de la révocation des donations pour cause d'ingratitude. Vous vous demandez si l'action en révocation que le donateur ne peut point *former* contre les héritiers du donataire ingrat, peut être *continuée* contre eux dans le cas où le donataire, actionné de son vivant, est mort pendant l'instance. La loi romaine consacrait l'affirmative. Sur ce point la maxime *actiones quæ morte pereunt semel inclusæ judicio salvæ manent*, est aussi claire que positive. Point de double sens possible, point d'amphibologie dans les termes. Il est certain, démontré, que selon la maxime citée, les actions qui s'éteignent par la mort du débiteur ne sont plus sujettes à cette cause d'extinction une fois qu'elles ont été formées contre le débiteur en son vivant. D'où quelques personnes ont conclu que l'action en révocation qui ne peut pas être *intentée*, *commencée*, contre les héritiers du donataire ingrat, peut, au contraire, être *continuée* contre eux, lorsqu'elle a été formée contre le donataire lui-même avant son décès. Or cette solution n'est pas la vôtre; vous décidez, avec raison, je crois, que l'action en révocation

Digitized by Google

est éteinte par la mort du donataire, alors même qu'il décède pendant le cours d'une instance commencée contre lui. Quant à la maxime romaine qu'on vous oppose, vous vous en mettez peu en peine. Bonne en droit romain, elle a, dites-vous, cessé de l'être chez nous!

Ainsi vous refusez de suivre la maxime *actiones quæ...* dans un cas où il serait possible de l'admettre sans en fausser le sens, tandis que vous l'invoquez sur un autre point pour en tirer une solution qu'elle ne comporte pas! Dès lors que faut-il croire? où est la vérité? La même règle peut-elle donc être bonne ou mauvaise au gré de vos sentiments?

J'en étais là de mon travail lorsqu'on m'a remis votre traité commentaire de la prescription. J'ai dû le lire aussitôt; je l'ai lu avec la plus scrupuleuse attention. Savez-vous ce que j'y ai découvert! je vais bien vous surprendre; moi-même je doute encore, j'y ai découvert : 1° *la critique de mon système;* 2° *la critique du vôtre, et par conséquent la confirmation du mien!*

Vos idées sont d'ordinaire si exactes, vous marchez toujours d'un pas si sûr dans les voies les plus difficiles, que je ne puis pas, je vous le répète, me décider à croire, tant est grande ma confiance en vous, que je vous ai bien compris. Peut-être suis-je victime de quelque hallucination, je n'ose rien affirmer. Je vais résumer vos idées; si je vous ai mal saisi, vous me rectifierez.

Après avoir fait remarquer que le commandement a une vertu interruptive plus grande que celle de la demande en justice, en ce sens qu'à la différence de la demande, le commandement ne tombe point en péremption, vous ajoutez, et c'est sur ce point que j'appelle votre attention, que le commandement a, sous un autre rapport, moins d'efficacité que la demande. Le commandement, dites-vous, n'est qu'interruptif; la perscription qu'il a interrompue se trouve aussitôt remplacée par une prescription nouvelle qui commence à l'instant même et finira par s'accomplir si le créancier laisse passer trente années *sans procéder à aucune autre poursuite.*

« Si la demande, au contraire, maintient l'interruption tant » que dure l'instance, d'après la règle *actiones quæ tempore per-* » *eunt semel inclusæ judicio salvæ permanent*, l'instance durât- » elle cinquante ans, non-seulement la précédente prescription » n'a point continué, brisée qu'elle a été par la demande en

Digitized by Google

» justice, mais AUCUNE prescription nouvelle n'a pu commencer » pendant ce long temps. Ainsi, *alors même qu'il n'y aurait » rien eu autre chose que la demande en justice elle-même, et que » cette demande, aussitôt abandonnée que signifiée, n'aurait été » suivie d'aucun acte de procédure*, dans ce cas-là même, la pres- » cription n'est pas seulement interrompue pour le temps an- » térieur, elle l'est aussi pour les trois années qui suivent, et » c'est seulement après ce délai, et à charge encore de faire alors » prononcer la péremption que le défendeur peut effacer l'inter- » ruption : tant qu'on est dans ces trois années, *et même au delà » tant que la péremption n'est pas prononcée*, la prescription ne » court plus. » (P. 133.)

Ainsi le créancier ou le propriétaire qui a formé une demande conserve son droit, quelque longue qu'ait été son inaction, eût-elle duré cinquante ans et plus ! *Aucune prescription* ne court contre lui après sa demande formée ; il n'a à craindre que la péremption. C'est bien là, je crois, votre pensée.

Cela posé, je passe à votre commentaire de l'article 2262. Cet article, dites-vous, ne parle que des *droits* et *actions ;* de là la question de savoir si les *instances* sont ou non soumises à la prescription trentenaire. Elles ont, sans doute, une prescription spéciale et beaucoup plus courte qui, sous le nom de péremption, peut avoir lieu après trois ans de discontinuation de la procédure ; mais comme cette péremption n'a lieu qu'autant qu'elle est prononcée par le juge, sur la demande du défendeur, et que celui-ci peut négliger d'en réclamer le bénéfice, on demande si, après trente années de discontinuation, l'instance, qui ne serait pas encore éteinte par la péremption (vu que cette dernière n'aurait pas été demandée), ne le sera pas par la prescription trentenaire, conformément à l'article 2262.

Vous ajoutez : « Des auteurs tiennent pour la négative. Selon eux, tant qu'il n'y a pas eu de péremption prononcée, l'instance subsiste *toujours* avec sa force interruptive ; en sorte qu'elle peut être toujours reprise, encore que la discontinuation de la procédure remontât à cinquante années et plus, et ce, en vertu de la règle *omnes actiones quæ tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent.* »

Ainsi, d'après ces auteurs, quoique trente années d'inaction se soient écoulées depuis la demande, rien, en l'absence de la péremption, n'est éteint, ni la demande ni le droit qu'elle a pour

Digitized by Google

objet. *Aucune* prescription n'a couru contre le demandeur, en autres termes, du moment que des droits prescriptibles sont portés devant le juge, ils ne peuvent plus périr, pas plus par une perscription nouvelle que par l'ancienne; ils sont désormais saufs, *quoi qu'il puisse arriver*.

C'est bien là le système que j'ai, d'une part, combattu contre vous, et que vous avez, d'autre part, soutenu contre moi (V. p. 257).

Or que dites-vous maintenant? Je vous cite encore :

« NOUS NE SAURIONS ADMETTRE CETTE DOCTRINE, et nous décidons, » avec Merlin et la Cour de cassation, que les instances, en outre » et à défaut de la courte prescription qui leur est propre, mais » qui doit être demandée, sont soumises à la prescription gé- » nérale de l'article 2262. La loi, quand elle parle des droits et » des actions, entend dire que RIEN ne peut échapper à la pres- » cription trentenaire. Qui ne voit, en effet, que la doctrine con- » traire est inadmissible? Comment! Pierre après avoir introduit » une instance n'y donne aucune suite, il l'abandonne complé- » tement; ni lui ni ses héritiers ne songent à elle pendant cin- » quante ans, cent ans et plus; et voilà qu'après plusieurs siècles, » *etiam post mille annos*, pour prendre l'idée de Dumoulin, un » représentant de Pierre pourrait se raviser, venir dire que l'in- » stance n'est pas éteinte et que, malgré les mille ans, la pres- » cription n'est pas acquise!! *Vraiment on n'y a pas songé*[1]!.. » Aussi l'idée contraire était-elle admise par notre ancienne » jurisprudence comme elle l'est par la nouvelle. Brodeau nous » dit qu'après trente ans *tout* est péri et prescrit: les *assigna-* » *tions*, les jugements, tout se prescrit par trente ans. Julien, » sur les statuts de Provence, adopte et reproduit cette doctrine » en expliquant que la partie qui *après la dernière procédure* » demeure trente ans dans l'inaction, est CENSÉE AVOIR ABANDONNÉ » SON DROIT. »

Remarquez, monsieur, que dans ce système ce n'est pas seulement l'*instance*, la procédure qui est détruite; le *droit* lui-même se trouve anéanti.

Dès lors, vous devez comprendre mon embarras. En présence de ce perpétuel conflit du oui avec le non, votre pensée échappe: quel système est le vôtre? Vous soutenez :

[1] C'est mot pour mot ce que je dis moi-même à la page 259.

Digitized by Google

D'une part,

Que la demande est imprescriptible et qu'ainsi, à défaut de la peremption, elle subsiste toujours avec sa vertu interruptive, en sorte qu'elle peut être utilement reprise *même après cinquante ans d'inaction ;* et comme si votre pensée n'était pas à cet égard assez nettement formulée, vous ajoutez qu'après la demande AUCUNE PRESCRIPTION n'a pu, pendant ce long temps, commencer contre le demandeur, vu la règle *actiones quæ tempore pereunt semel inclusæ judicio salvæ permanent;*

D'autre part, et contrairement à la même maxime entendue dans le sens que vous lui donnez,

Qu'après la demande, une prescription nouvelle commence à courir contre le demandeur, prescription qui atteindra son but s'il reste trente ans dans l'inaction, et après laquelle il sera légalement réputé avoir abandonné son droit.

La contradiction est si manifeste, si tranchée, qu'il me semble, en vous lisant, lire deux auteurs, rivaux entre eux, passionnés dans leur lutte, ardents tous les deux à défaire pièce à pièce l'œuvre de l'autre. Comment se fait-il qu'après avoir vu dans l'idée que j'avais émise « une erreur *aussi totale*, une *colossale erreur*, » vous en soyez venu, vous en faisant l'ardent défenseur, à la prendre sous votre patronage?

Jusqu'à présent, je me suis toujours placé dans le droit commun. J'ai constamment supposé que le droit réclamé était prescriptible par trente années. Prenons maintenant l'hypothèse inverse et supposons que le droit porté en justice était, avant qu'il fût mis en exercice, prescriptible par dix ans ou par un temps moins long. Faudra-t-il dans ce cas décider que si après avoir formé sa demande dans le délai de la loi, le demandeur garde le silence pendant un temps égal à celui après lequel son droit eût été prescrit s'il ne l'eût point réclamé, tout se trouvera éteint, le droit d'abord, puis après lui la demande qui en a été faite? Ou bien faut-il admettre qu'une fois la demande formée la presciption *abrégée* qu'elle a interrompue se trouvera transformée en presciption *trentenaire?* Sur cette question, les auteurs et la jurisprudence paraissent d'accord. Lors, dit-on, qu'une demande est formée, le droit qu'elle a pour objet et qui, avant qu'elle fût faite, était soumis à une courte prescription, dure autant que l'instance, c'est-à-dire pendant trente ans. On ne diffère que sur le moyen par lequel on arrive à ce résultat.

Digitized by Google

Votre moyen à vous est bien connu ; il est tiré du principe que la demande a, tant qu'elle dure, un effet suspensif de la prescription du droit réclamé. On ne doit pas, dites-vous, confondre l'instance avec le droit qu'elle a pour objet. L'instance a sa force particulière et par conséquent une prescription qui lui est propre; elle ne se prescrit toujours que par trente ans, conformément au droit commun, puisqu'il n'existe point quant à elle de prescription exceptionnelle. Quant au droit réclamé, la demande ne le novant pas [1], la prescription qui le régissait dans le principe le régit bien encore pendant l'instance ; mais comme la demande est, de sa nature, *suspensive* en même temps qu'*interruptive*, la prescription abrégée à laquelle le demandeur est soumis reste par là même suspendue pendant les trente ans, après lesquels seulement la demande non suivie d'instance se trouvera elle-même frappée de prescription.

Supposons donc qu'après avoir formé une demande en reddition de compte contre son ex-tuteur, le demandeur, au lieu de la poursuivre, reste plus de dix ans, mais moins de trente ans dans l'inaction : rien ne sera éteint, ni la *demande*, puisqu'il s'est écoulé moins de trente ans à compter de sa date et que, d'autre part, le défendeur (nous le supposons) n'en a point demandé la péremption, ni le *droit réclamé*, puisque du moment que la demande est restée subsistante, la prescription n'a pu courir contre le droit qu'elle a pour objet.

Votre solution serait irréprochable si le principe sur lequel vous la fondez était constant; mais quoique vous l'affirmiez sans cesse, vous ne le démontrez jamais. Votre système n'a donc point de base solide.

Quoi qu'il en soit, remarquez que vous aboutissez à ce résultat que le droit, bien que réclamé en justice, reste prescriptible; seulement, au lieu de l'être directement et par dix ans, il l'est indirectement et par trente ans. La prescription de l'instance entraîne, en effet, la prescription du droit réclamé, car la demande se trouvant effacée rétroactivement n'a pas pu produire son effet suspensif. Je puis donc, même en me plaçant dans votre système, maintenir la proposition que j'ai émise, et dire encore qu'à partir de la demande une prescription nouvelle commence aussitôt à courir.

[1] Il n'y a, dit-on, novation qu'après la condamnation (art. 189 C. com.).

Digitized by Google

Une autre solution a été proposée qui conduit, mais par une autre voie, au même résultat que le vôtre. La demande, a-t-on dit, n'est point suspensive de la prescription, mais si elle n'a pas cet effet elle en produit un autre : *aux courtes prescriptions elle substitue la prescription trentenaire;* en sorte que la prescription de *la demande* et la prescription *du droit réclamé* commencent et se complètent toujours ensemble. Quant au principe sur lequel on fonde cette substitution d'une prescription à une autre, on le puise dans une espèce de *novation judiciaire* que fait naître le quasi-contrat qu'on suppose intervenu entre les parties plaidantes. Lors, dit-on, qu'une instance est engagée, il se forme entre les parties une transaction tacite par laquelle elles sont réputées convenir de s'en rapporter à la sagesse des juges et de tenir pour vrai et équitable tout ce qu'ils décideront. Une relation nouvelle s'établit donc entre elles, relation qui engendre un lien et par suite un droit nouveau; or ce droit n'étant régi par aucune disposition particulière reste soumis au droit commun, c'est-à-dire à la prescription de trente ans.

Ce système est assez plausible; de fortes raisons militent en sa faveur. Ainsi, on fait remarquer qu'en droit romain où le défendeur à une action dite temporaire parce qu'elle était prescriptible par un an, était, en effet, censé contracter, par la contestation en cause, l'obligation de reconnaître le droit réclamé tel qu'il était au moment de la demande, si le demandeur parvenait à le justifier; qu'en vertu de ce quasi-contrat judiciaire, la *litis contestatio* novant l'ancienne action lui substituait un droit nouveau qui n'était plus prescriptible que par trente ans (quarante sous Justinien). On ajoute que l'article 2274 met la demande en justice sur la même ligne qu'un compte arrêté, lequel, de même au reste que la reconnaissance de la dette par le débiteur, a pour effet de rendre prescriptible par trente ans les créances que les articles 2271, 2272 et 2273 déclarent prescriptibles par six mois, un an, deux ou cinq ans. Il est vrai qu'il résulte des termes de l'article 189 du Code de commerce que les actions relatives aux lettres de change sont, *après* comme *avant* la demande, prescriptibles par cinq ans *tant qu'il n'est pas intervenu de jugement;* mais, comme dans l'espèce, il s'agit d'actions d'une nature toute particulière, que les droits qu'elles concernent, s'ils devenaient trop nombreux sur les places de commerce (ce qui arriverait s'ils avaient une durée trop longue), y seraient

Digitized by Google

une cause de trouble et de périls, la loi, on le comprend, a dû exiger de ceux qui en sont nantis une grande diligence à faire juger les procès où ils se trouvent engagés ; cette disposition, par le caractère exceptionnel qu'elle comporte, confirme donc, plutôt qu'elle n'infirme, le principe qu'après la demande, le droit qui était prescriptible par un court laps de temps ne l'est plus que par trente ans. On ajoute, enfin, qu'en disant d'une manière générale que la péremption ne peut être demandée qu'après trois ans, la loi fait assez comprendre que le droit réclamé, fût-il, avant la demande, prescriptible par six mois seulement, subsiste au moins pendant ces trois ans et même après, puisqu'elle déclare que la péremption, quand elle est prononcée, n'éteint que l'instance sans toucher au fond du droit. Or si le droit réclamé doit survivre à la péremption, quelle durée lui assignera-t-on, si ce n'est la durée de trente ans? Toute autre limite serait nécessairement arbitraire. Si on décidait autrement, on arriverait à ce résultat bizarre et inadmissible que les demandes qui auraient pour objet des droits prescriptibles par six mois, par un an ou deux ans se trouveraient *de plein droit éteintes* avant même l'époque de la péremption; de telle sorte qu'il faudrait distinguer dans notre droit deux espèces de demandes, à savoir : 1° les demandes qui seraient éteintes *de plein droit* par l'expiration des six mois, de l'année ou des deux ans après lesquels le droit réclamé se trouverait prescrit; 2° celles dont la péremption devrait être prononcée et ne pourrait l'être qu'après trois ans. Or, nos lois ne comportent point cette distinction; rien ne la révèle; rien ne la fait soupçonner. La théorie de la péremption est générale : toute demande relève d'elle.

Ces raisons ne sont point peut-être absolument décisives, mais elles paraissent conformes à l'esprit de notre droit. Les rédacteurs du Code ont pensé sans doute, comme Justinien, qu'il ne serait pas juste de mettre sur la même ligne celui qui s'est tu dès l'origine et celui qui, ayant réclamé, s'est engagé dans les combats judiciaires. Lorsque le créancier ne fait aucune réclamation, le silence absolu qu'il garde endort le débiteur dans la fausse confiance qu'il ne sera point poursuivi; sous l'empire de cette idée, il se peut qu'au lieu de préparer ses moyens et d'assembler ses preuves, le débiteur néglige sa défense. Il ne faut pas qu'il soit victime des retards que son prétendu créancier apporte à le poursuivre. Au contraire, lors-

Digitized by Google

qu'une demande est formée en temps utile, le débiteur alors est solennellement averti que le moment de se défendre est venu. Il est désormais en demeure de produire ses preuves, de fournir ses moyens. S'il égare ses titres, il est en faute, car il ne lui est plus permis de s'endormir dans une fausse confiance. S'il n'est point satisfait de la position qui lui est faite et que le demandeur prolonge par son inaction, s'il tient à tirer l'affaire à clair, il le peut; les lois de procédure lui en fournissent le moyen. Qu'il ne se plaigne donc pas si l'affaire engagée le traîne dans des lenteurs interminables; c'est sa faute s'il n'en a pas hâté la solution [1].

[1] Peut-être pourrait-on, dans un autre système, soutenir que le droit qui, dans le principe, était soumis à une prescription abrégée, restera, après la demande, soumis à la même prescription; de telle sorte que si le créancier, après l'avoir porté en justice, reste dans l'inaction pendant un temps égal à celui qui lui était donné pour former sa demande, la prescription se trouvant accomplie entraînera tout à la fois l'extinction du droit, et l'extinction de l'instance. Voici ce qu'on peut dire à l'appui de cette proposition :

1° La loi n'attribue à la demande, de même qu'au commandement, de même qu'à la reconnaissance de la dette, qu'un effet *interruptif;* donc de même que le commandement, de même que la reconnaissance de la dette, la demande ne change point les conditions de la prescription qu'elle interrompt.

2° Pour décider le contraire, il faut de toute nécessité établir que la demande emporte novation du droit réclamé; or cette novation est-elle bien démontrée? Et d'abord, il semble évident qu'elle est impossible, si on se place dans l'hypothèse d'une demande à laquelle il n'a pas même été répondu par une constitution d'avoué de la part du défendeur. Dans ce cas, en effet, l'instance n'étant pas liée, le défendeur n'ayant manifesté aucune espèce de volonté, on ne peut pas soutenir qu'un nouveau lien s'est formé entre lui et le demandeur. Que si l'on suppose une instance réellement engagée, la novation se conçoit mieux alors; cependant on ne la démontre pas. On croit en trouver le principe dans l'article 2274, mais on s'abuse. L'effet que cet article attribue à la demande en justice se conçoit parfaitement sans qu'on ait besoin de l'expliquer par le secours d'une novation; ce qui le prouve, c'est que la loi attribue le même effet à l'acte par lequel le débiteur reconnaît simplement sa dette, bien que pourtant ce simple acte de reconnaissance n'emporte point novation du droit reconnu. Si, dans l'un et l'autre cas, la prescription abrégée qui a été interrompue fait place à la prescription trentenaire, c'est tout simplement parce que la demande ou la reconnaissance de la dette fait disparaître l'unique fondement (la présomption légale d'un payement) de cette prescription exceptionnelle.

3° Il est vrai que la péremption restera inutile et sans objet toutes les fois que les droits portés en justice seront prescriptibles par un laps de temps qui ne dépassera pas trois ans, ce qui semble contraire au Code de procédure, lequel, en effet, a organisé la péremption d'une manière générale et

Digitized by Google

Reste une question. Le commandement et la saisie faits en vertu d'un droit prescriptible par un court laps de temps, par

pour toute espèce d'instances; mais on peut répondre que les rédacteurs du Code, prévoyant *quod plerumque fit*, ont entendu statuer sur le cas où le droit réclamé est prescriptible par un laps de temps qui dépasse trois ans. Les lois de procédure doivent être d'ailleurs entendues selon l'esprit du Code Napoléon : si donc, d'après ce Code, la demande en justice (sauf toujours le cas prévu par l'article 2274) n'a point pour effet de remplacer par la prescription trentenaire les prescriptions abrégées qu'elle interrompt, la théorie de la péremption devra, au lieu de faire obstacle à cette idée, se combiner avec elle.

4° On se récriera sans doute. Il existe, dira-t-on, des prescriptions dont la durée ne dépasse pas le court délai de six mois; or s'il est vrai qu'après la demande, et même après le dernier acte, une prescription nouvelle commence à courir pour s'accomplir par le court laps de temps dont il vient d'être parlé, qu'arrivera-t-il au cas où le tribunal, trop chargé d'affaires, ne sera pas en mesure de statuer dans ce délai? L'action sera donc prescrite avant que le tribunal ait eu le temps de statuer? Ce serait absurde!

Exagérer n'est point raisonner. Que l'on veuille bien, en effet, remarquer que notre question n'embrasse point les prescriptions de six mois ou d'un an énumérées dans les articles 2271 et 2272; car, par exception, et conformément à la disposition particulière de l'article 2274 qui leur est spécial, ces prescriptions abrégées se transforment précisément en prescriptions trentenaires. Il faut donc, pour rester dans le vrai, se placer dans l'hypothèse où la prescription qui a été interrompue par la demande était une prescription d'au moins *deux ans* (les courts délais dont il est parlé dans l'article 2102 et dans quelques autres articles du Code ne sont point des prescriptions). Or *deux ans*, à compter du moment où l'affaire est en état, ne suffiront-ils point toujours pour le prononcé du jugement? Le créancier qui exerce son droit dans les délais qui lui sont accordés à cet effet, poursuivant sa demande sans interruption imputable à sa négligence, est irréprochable aux yeux de la loi; mais lorsqu'après avoir lancé une assignation, il néglige d'y donner suite, alors qu'il lui est possible de la conduire jusqu'où la loi veut qu'il la conduise, son inaction devient coupable, et l'intérêt public, qu'il compromet par sa négligence, exige qu'il supporte la peine de sa faute.

5° On objecte que le défendeur est prévenu par la demande qu'il va être recherché, ce qui lui fait sentir la nécessité d'assembler ses moyens et de conserver ses preuves, et qu'ainsi il n'y a aucune injustice à le soumettre au droit commun de la prescription; que d'ailleurs il est coupable si la position qui lui est faite dure trop longtemps, puisque les lois de procédure lui fournissent le moyen d'obtenir une plus prompte décision.

A cela je réponds que la saisie prévient aussi le débiteur, plus énergiquement peut-être que la demande en justice, qu'il peut également, quand le créancier, après l'avoir faite, s'arrête, s'y porter opposant et la faire écarter, et pourtant il est généralement admis que la saisie n'a point pour effet de transformer les prescriptions abrégées en prescriptions trentenaires. — Les prescriptions abrégées sont d'ailleurs organisées dans un intérêt d'ordre pu-

Digitized by Google

exemple, par cinq ans, ont-ils, comme la demande, l'effet de substituer la prescription trentenaire au lieu et place de la prescription abrégée qu'ils ont interrompue? Ou bien faut-il dire que la prescription, qui commence à courir immédiatement après le commandement ou la saisie, est de même nature et de même condition que celle qui courait au moment de l'interruption?

Dunod (p. 171) tenait pour le premier parti. Vous semblez partager son avis, car vous décidez d'une manière générale, sans aucune distinction ni réserve, que le commandement n'est effacé qu'autant que le créancier est resté inactif pendant trente ans, après l'avoir signifié.

Votre solution à cet égard ne m'a point semblé bonne. Quelle base lui donnez-vous? Invoquerez-vous les textes? Je n'en sais aucun que vous puissiez citer! La loi place le commandement parmi les actes interruptifs de prescription; or les actes de cette nature n'ont point, en général, la puissance de changer les conditions de la prescription. Ainsi lorsqu'un débiteur dont la dette est prescriptible par cinq ans, se borne à la reconnaître sans la nover, cette reconnaissance interrompt la prescription commencée, mais la prescription nouvelle, qui à l'instant même prend cours, est toujours une prescription de cinq ans [1].

Ferez-vous, à propos du commandement, le raisonnement que vous appliquez à la demande en justice? Direz-vous : la *créance* et le *commandement* auquel elle a donné lieu ne doivent pas être confondus; le *commandement* a sa prescription particulière, laquelle est de trente ans, conformément à l'article 2262; la *créance* a aussi la sienne, laquelle peut-être une prescription abrégée. Mais comme le *commandement*, tant qu'il subsiste, est suspensif de la prescription de la *créance*, celle-ci dure par là même autant que le commandement, c'est-à-dire pendant

blic. Comment donc les parties pourraient-elles par leur fait, je veux dire par le silence qu'elles gardent l'une et l'autre, changer et modifier un état de choses établi par la loi, non point seulement pour l'avantage et l'utilité particulière du défendeur, mais aussi et plus encore dans l'intérêt de la société elle-même? S'il plait au défendeur de compromettre son intérêt, la société, que la loi représente, ne peut jamais abdiquer le sien.

Ce système, que je n'ai fait qu'esquisser, heurte trop directement les usages reçus pour être accepté; je n'y ai point même une grande confiance : je vous le donne tel quel.

[1] Sauf pourtant l'exception déposée dans l'article 2274.

Digitized by Google

trente ans. Cet effet suspensif du commandement serait décisif, je ne le nie point, s'il existait réellement; mais personne ne l'admet! Vous prenez soin vous même de faire remarquer qu'à la différence de la demande qui est suspensive en même temps qu'interruptive, le commandement n'est, lui, qu'interruptif. Ce raisonnement vous échappe donc!

Quant à la novation sur laquelle on se fonde pour établir qu'à partir de la demande un droit nouveau commence, qui n'est prescriptible que par trente ans, bien que le droit originaire fût prescriptible par un temps plus court, elle vous fait également défaut, car il est de principe que le commandement laisse subsister dans sa condition primitive le droit en vertu duquel il est fait.

Peut-être invoquerez-vous l'autorité de Pothier qui, en effet, attribue au commandement une durée trentenaire : mais remarquez, monsieur, que la proposition de Pothier se réfère au cas où la créance qui a donné lieu au commandement n'est elle-même prescriptible que par trente ans. Il n'examine point la question que nous traitons. Son autorité doit donc être écartée.

Il en est de même de celle de Dunod, mais par une autre raison. Cet auteur traite du commandement à l'occasion des prescriptions de cinq ans; or, de son temps, les prescriptions de cette nature n'ayant d'autre fondement que la présomption légale du payement de la dette, présomption qui disparaissait lorsqu'un commandement avait été, en temps utile, signifié à la requête du créancier, on en concluait qu'après le commandement, l'action n'était plus prescriptible que par trente ans. Le commandement, disait-on, effaçant la présomption de payement sur laquelle repose la prescription de cinq ans, fait rentrer les parties dans le droit commun. Cet effet, au reste, n'était point particulier au commandement; on l'étendait aussi aux actes par lesquels le débiteur reconnaissait sa dette. Or ce système n'a été appliqué dans notre Code qu'aux prescriptions de six mois, d'un an, de deux ans, énumérées dans les articles 2271, 2272 et 2273; la seule prescription de cinq ans qui y soit comprise est celle dont il est parlé dans la dernière phrase de l'article 2273[1]. La règle de Dunod ne peut donc point régir nos

[1] V. l'article 2274. Si cet article ne parle que des actes par lesquels le débiteur a reconnu la dette et de la demande en justice, c'est que les dettes

Digitized by Google

autres prescriptions de cinq ans; autrement, il faudrait dire, ce qui, évidemment, serait absurde, que les prescriptions de deux et de cinq ans énoncées dans les articles 2276 et 2277 se transforment en prescriptions de trente ans, lorsqu'il y a eu compte arrêté ou une cédule portant simplement reconnaissance des dettes qu'elles concernent.

Tout concourt donc, monsieur, à montrer que le commandement ne change point les conditions de la prescription qu'il interrompt; et qu'ainsi elle reprend immédiatement son cours pour l'accomplir par le laps de temps qui lui est particulier. Que si elle arrive au but par suite de l'inaction du créancier le commandement tombe alors faute d'objet [1].

J'en ai fini sur ce premier point de votre critique. Je passe à un second dans lequel je me propose d'examiner avec vous ce qu'est au juste la prescription, si elle est un *mode* particulier ou une *preuve* d'acquisition ou de libération.

§ 2. — Quelle est la nature de la prescription? Est-ce une cause proprement dite d'acquisition ou de libération, ou bien n'est-elle, à proprement parler, que la présomption légale d'une acquisition ou d'une libération précédemment réalisée?

J'ai enseigné que la prescription, au lieu d'être un *mode* particulier d'acquérir ou de se libérer, n'est au fond que la *preuve* d'une acquisition ou d'une libération précédemment réalisée. C'est en me plaçant à ce point de vue que je l'ai définie : *la présomption légale d'une cause légitime d'acquisition ou de libération.* Vous me reprenez très-sévèrement à ce sujet. « Ma définition, dites-vous, n'est qu'une grosse erreur, et si vous ne preniez soin de la réfuter elle pourrait égarer les jeunes adeptes de la science. » Il se peut que vous ayez raison; mais alors, au lieu de me prendre seul à partie, peut-être aussi eussiez-vous bien fait de mettre en cause mes complices, car j'en ai et d'autrement puissants que moi : j'en pourrais citer plusieurs, mais ce sera assez de deux. L'idée que j'ai émise et qui vous a paru si pro-

dont il traite étant réputées privées de titres, ne peuvent jamais donner lieu à un commandement, puisque tout commandement suppose un titre.

[1] V. en ce sens M. Troplong, t. II, p. 687. — On pourrait, ce me semble, appliquer la même décision aux demandes qui n'ont pas été suivies d'une constitution d'avoué par le défendeur.

Digitized by Google

fondément fausse, savez-vous qui me l'a suggérée? la loi d'abord, puis, cela va bien vous étonner, puis vous-même. C'est ce que j'aurai bientôt l'honneur de vous démontrer.

Votre critique repose sur deux raisons. L'une est tirée de l'autorité, l'autre des textes. Sont-elles l'une et l'autre aussi décisives que vous l'affirmez? Examinons. Je veux bien reconnaître avec vous (j'en ai fait l'aveu dans mon livre) que la prescription a été dans tous les temps et partout considérée par les auteurs les plus célèbres comme un mode particulier et spécial d'acquérir la propriété ou de se libérer; mais l'autorité est-elle donc raison? Tant qu'une opinion est universellement admise, elle se sert à elle-même d'argument et de preuve; dès qu'elle est attaquée, la foi antérieure ne prouvant plus rien, il faut de toute nécessité subir le raisonnement. Vous ne me contredirez pas, je pense, sur ce point; car personne n'a poussé plus loin que vous, je ne dirai pas le mépris de l'autorité, ce serait vous accuser d'un tort que vous n'avez pas, mais l'énergie d'une résistance éclairée aux idées d'un autre temps. Cessez donc de développer, comme une raison souveraine, ce que les vieux auteurs ont pu dire et penser de la prescription. Si la définition que j'en ai donnée concorde avec l'esprit de la loi, si elle n'est point d'ailleurs contredite par les faits, rien ne prévaudra contre elle; car rien ne peut prescrire contre la vérité, ni le temps, ni l'autorité du nombre, ni même l'autorité des noms! S'il n'en était ainsi, eussé-je entrepris de vous combattre?

Notre Code, ajoutez-vous, ne laisse lui-même aucun doute sur la nature *acquisitive* ou *libératoire* de la prescription; car, après l'avoir déjà classée parmi les causes *d'acquisition* dans l'article 712, et parmi les causes *d'extinction des obligations* dans l'article 1234, il la définit dans l'article 2219 : « Un *moyen d'acquérir* ou *de se libérer* par un certain laps de temps et sous les autres conditions déterminées par la loi. » Cette définition donnée par la loi même ne saurait être attribuée à l'inattention de ses rédacteurs, puisqu'ils n'ont fait que suivre en l'écrivant « l'immense tradition dont le point de départ remonte jusqu'à la loi des Douze tables. » J'ai donc, en vérité, bien mauvaise grâce lorsque je les signale comme de *pauvres et vulgaires praticiens,* qui n'ont pas su distinguer l'acquisition *d'un droit* de l'acquisition d'une *preuve*....

Si je m'étais exprimé de la sorte, je me le reprocherais. Bien

Digitized by Google

que je n'aie pas un enthousiasme aveugle à l'endroit des rédacteurs de notre Code, je professe pourtant pour eux un respect si sincère que j'espère avoir toujours assez de bonheur et assez de réserve pour ne jamais parler d'eux avec irrévérence. J'ai pu dire et j'ai dit, en effet, qu'ils n'avaient vu que le côté pratique et vulgaire de la prescription; mais vous devez comprendre, monsieur, l'énorme différence qui sépare cette idée de celle que vous me prêtez. Si tous ceux qui se trompent sur un point devaient être relégués au rang *des vulgaires praticiens*, combien y aurait-il d'hommes éminents?

Je m'étonne, du reste, que le reproche que vous m'adressez vienne de vous. Ne vous est-il point parfois, souvent même, arrivé de faire la critique des hommes illustres dont vous prenez la défense! Si quelqu'un a su mettre en relief les erreurs dans lesquelles ils sont quelquefois tombés, n'est-ce pas vous? Et quelqu'un l'a-t-il jamais fait avec plus de vivacité et dans un langage plus acerbe?

Quant aux articles 2219, 712 et 1234, vous leur donnez, je crois, une importance qu'ils n'ont pas. Le premier n'est qu'une définition; les deux autres ne sont que des tables ou classifications. Or je n'ai pas besoin, monsieur, de vous apprendre que les définitions, énumérations, sommaires, classifications ou divisions des matières appartiennent à la science bien plus qu'à la législation proprement dite. Aussi a-t-il toujours été admis que sur ce terrain la critique a des franchises qui n'ont de limites que dans la théorie générale et scientifique du droit. Sur ce point encore, vous ne me démentirez pas. Autrement, comment justifieriez-vous le droit en vertu duquel vous redressez sans cesse l'œuvre scientifique de la loi, émendant et corrigeant partout ce qui vous semble obscur ou inexact? Au titre des conventions, vous n'avez rien laissé debout. Les têtes de chapitres, leurs divisions, la définition des contrats, leurs classifications et leurs effets ont été retouchés; rien n'est resté à sa place dans sa teneur primitive. Au titre de la vente, la définition qu'en donne la loi est par vous jugée inexacte et comme telle écartée; vous la remplacez par une autre qui en diffère non point seulement quant à la forme, mais quant au fond même du droit.

Vous avez fait plus encore. Le Code ne range ni la *tradition* ni l'*occupation* parmi les modes d'acquisition. Cet oubli de la loi vous empêche-t-il de considérer la tradition et l'occupation

Digitized by Google

comme des manières d'acquérir. L'article 712, celui que vous m'opposez, range l'*accession* de même que la *prescription* parmi les causes légales d'acquisition : reconnaissez-vous pourtant la nature *acquisitive* de l'accession? Vous la niez avec toute l'énergie de votre talent! Dès lors ne vous semble-t-il pas, monsieur, que le reproche que vous m'adressez manque tout à la fois de logique et de justice? Quoi! il vous sera donné de substituer partout l'autorité de la raison à celle des textes, de refaire les subdivisions fautives de la loi, de changer les rubriques inexactes de ses titres, de refaire ses définitions lorsqu'elles sont mauvaises, d'élargir ou de restreindre ses classifications, d'attribuer une force acquisitive à certains faits qu'elle ne range point parmi les modes d'acquisition, ou à l'inverse de dénier cette même force à d'autres faits auxquels elle l'attribue expressément; toutes ces réformes vous seront permises; vous pourrez par cette critique hardie, mais consciencieuse, acquérir une gloire méritée; et si je me hasarde à entrer, sur vos traces, dans la voie que vous avez ouverte, vous vous étonnerez et me poursuivrez de votre blâme, alors que je n'aurai fait mot pour mot que ce que vous avez fait vous-même! Est-ce juste? Vous déchirez l'article 712 en effaçant l'*accession* qui s'y trouve, et quand je fais de même pour la *prescription*, vous vous emparez de cet article pour me l'opposer! Vous substituez à la définition légale de la vente une autre définition qui s'en sépare par des différences radicales, et lorsque à votre exemple je propose, à la place de la définition que l'article 2219 donne de la prescription, une autre définition qui, bien que différente quant à la forme, ne touche point au fond du droit, vous m'accusez de méconnaître les textes! Est-ce logique?

Vous avez pris soin de relever cette étrange naïveté de M. Bigot-Préameneu qui, pour expliquer l'article 2258, aux termes duquel la prescription *court contre les successions vacantes*, *quoique non pourvues de curateurs*, n'a rien trouvé de mieux à dire si ce n'est que la *suspension de la prescription était indispensable dans ce cas particulier.*

Vous répétez partout que les rédacteurs de notre Code, subjugués qu'ils étaient par les préjugés de la pratique, ont parfois et par un malheureux abus de langage confondu les choses les plus distinctes telles, par exemple, que l'obligation de *donner* avec l'*obligation* de *livrer*, le contrat avec *l'obligation* qu'il engendre,

Digitized by Google

l'*obligation* avec l'*écrit* notarié qui sert de *preuve*. Ne me sera-t-il donc point permis de penser à mon tour qu'ils ont fait dans la définition de la prescription une confusion de même nature! Abstractivement parlant, les droits peuvent exister indépendamment de toute preuve. Mais en fait et en jurisprudence, qu'est-ce qu'un droit qui n'est pas prouvé? En justice, on n'obtient que ce que l'on prouve. Là où s'arrête notre preuve, là s'arrête notre droit. De là l'erreur des rédacteurs du Code. Ils ont, ainsi qu'on le fait souvent en pratique, confondu l'acquisition d'une *preuve* avec l'acquisition d'un *droit*. Cette confusion leur est si naturelle qu'il leur est arrivé quelquefois d'attribuer une force *libératoire* à certains faits qu'ils qualifient eux-mêmes de *présomption*. Le créancier, dit M. Joubert dans son rapport sur l'article 1350, ne peut pas être admis à prouver (quand il a fait l'abandon de son titre) « que cette remise volontaire n'a pas *opéré la libération* des débiteurs. » Les hommes les plus éminents s'y sont eux-mêmes laissé prendre quelquefois. C'est ainsi que MM. Duranton (XII, 3) et Toullier (VII, nos 2-8) ont cru pouvoir ranger parmi les modes d'extinction des obligations l'autorité de la chose jugée et la prestation de serment déféré au débiteur. Enfin, si M. Bigot-Préameneu répète souvent que la prescription est une *manière d'acquérir ou de se libérer*, il lui arrive parfois d'opposer la *prescription* au *titre*, et de dire qu'entre ces deux *preuves* la première prévaut sur l'autre. Il va même jusqu'à dire, tant la rectitude de langage est peu son fait, que ces *deux* genres de *preuves* rentrent dans la classe des *présomptions*[1].

De tout cela, je conclus, monsieur, qu'au lieu de vous attacher servilement à des textes et à des nomenclatures, vous deviez examiner la question en elle-même et quant au fond, montrer par votre argumentation que ma définition, déjà contraire à la lettre de la loi, se trouve en outre démentie par les faits, contredite par la raison de droit et l'esprit général de la prescription, dangereuse enfin par les conséquences inadmissibles auxquelles elle pourrait conduire. Or ce n'est pas ainsi que vous avez procédé. Votre critique repose uniquement sur les textes et sur l'autorité des noms. Ce n'est que dans votre traité-commentaire de la prescription, qui alors n'existait pas, que vous avez pris le débat au sérieux. Les raisons nouvelles que

[1] Fenet, t. XV, p. 574.

Digitized by Google

vous apportez à l'appui de vos critiques ne m'ont point semblé décisives; je les examinerai tout à l'heure. Mais préalablement j'ai plusieurs questions à vous poser :

1° La définition que j'ai donnée de la prescription heurte-t-elle la vérité? La réalité des faits y répugne-t-elle? Personne ne l'affirmera, au moins d'une manière absolue; car si malheureusement la prescription vient quelquefois au secours d'un ravisseur de la chose d'autrui ou d'un débiteur malhonnête qui nie sa dette, il arrive aussi parfois qu'elle consolide la propriété dans les mains du propriétaire légitime ou qu'elle sert à défendre un débiteur libéré contre un créancier qui a cessé de l'être. Si donc, et à ne considérer que les faits, la prescription est dans certains cas *une cause réelle d'acquisition ou de libération*, souvent aussi elle n'est que la *preuve* d'une acquisition ou d'une libération précédemment réalisée.

2° Ma définition conduit-elle à des conséquences dangereuses et inadmissibles? Si cela était, vous m'eussiez, à n'en pas douter, montré les dangers qu'elle comporte. Vous ne m'en signalez aucun. Il n'en existe donc point. Les résultats que vous obtenez par le principe de la *rétroactivité* de la prescription, je les obtiens de même et plus directement par la présomption d'une acquisition ou d'une libération réalisée au moment de la prise de possession ou de l'échéance de la dette. Ma définition est donc préférable à la vôtre, puisqu'elle explique tout par elle-même et sans aucun secours étranger.

3° Serait-elle donc contraire à la raison de droit et au but que la loi a voulu atteindre par la prescription? J'ai peine à le croire. La prescription a été organisée dans un but d'intérêt général; or qu'on la considère comme une *cause* ou comme une *présomption* d'acquisition ou de libération, le but ne sera-t-il pas toujours atteint? Cette présomption légale contre laquelle nulle preuve ne pourra être admise, puisqu'elle est d'ordre public, ne protégera-t-elle point la société contre l'incertitude des droits tout aussi bien et tout aussi énergiquement que la prescription envisagée comme mode d'acquisition ou de libération? Dès lors où est la nécessité de la présenter sous ce dernier aspect? Serait-ce pour la mettre en harmonie avec les faits? J'ai déjà montré que, sous quelque rapport qu'on l'envisage, elle sera tantôt conforme et tantôt contraire à la vérité! La moralise-t-on au moins? Mais tout au contraire; on la présente sous son aspect

Digitized by Google

le plus odieux, car elle apparaît ainsi, non plus comme la sauvegarde, mais comme l'ennemie la plus implacable de la propriété. Ce n'est plus une protection, c'est une spoliation. Or que gagne-t-on à lui imprimer cette flétrissure? Cherche-t-on en cela le triomphe de la logique? Mais, si je ne me trompe, la logique a tout autant à perdre à votre définition que la morale elle-même. Tous les auteurs s'accordent à dire que le fondement de la prescription consiste dans une présomption légale. La loi, font-ils remarquer, suppose que le jour même de la possession il s'est passé un fait qui a réellement et légitimement investi le possesseur du droit de propriété; que le jour de l'échéance de la dette, le débiteur l'a réellement payée ou que le créancier lui en a fait la remise. Cette présomption ne sera point toujours conforme à la vérité; l'équité pourra en souffrir quelquefois; mais on a dû passer outre et la maintenir quand même dans l'intérêt du bien public auquel l'intérêt privé est toujours subordonné. Or si la prescription est par sa nature une *cause* d'acquisition ou de libération, comment parviendrez-vous à la mettre d'accord avec la présomption légale qui lui sert de base? Prenons, pour exemple, les nombreuses prescriptions dites libératoires qui, de l'aveu de tout le monde et même de votre propre aveu, n'ont pour unique fondement que la présomption légale du payement de la dette? Les prescriptions sont d'un usage fréquent. On en peut compter jusqu'à dix au moins. (V. les art. 2271, 2272, 2273 C. Nap., et 189 C. civ.) Comment leur adapterez-vous votre définition? Direz-vous qu'à la vérité le débiteur est présumé avoir payé sa dette, et que c'est sur ce fondement que la loi écarte l'action du créancier, mais que cependant la dette qui est réputée éteinte par l'effet d'un payement que la loi tient pour réel est éteinte par une autre cause? Quelle cause? l'inaction du créancier? Mais c'est précisément de ce fait connu que la loi tire la conséquence que la dette a été effectivement payée. Vous retombez donc dans la présomption du payement. Dès lors vous aboutissez à une véritable logomachie. La dette est présumée éteinte par l'effet d'un payement que la loi tient pour constant; cependant ce n'est pas ce payement présumé qui l'a éteinte, c'est une autre cause! Mais encore une fois, quelle cause? la volonté de la loi? Est-ce possible! Comment, la loi interviendra pour *éteindre* de sa propre autorité et en vertu de sa toute puissance la dette qu'elle suppose *déjà*

Digitized by Google

éteinte par un payement! Si elle est obligée d'intervenir pour l'éteindre, elle ne la suppose donc point payée, et alors pourquoi l'éteint-elle? — Que si, au contraire, elle la suppose éteinte par un payement, comment peut-elle l'éteindre une seconde fois et par une autre cause? Dites qu'au lieu de la supposer payée, la loi la présumant encore existante l'éteint quand même. Votre formule alors sera saisissable. Mais quand vous dites que la loi éteint la dette parce qu'elle la suppose déjà éteinte, mon esprit ne peut plus vous suivre et je cesse de vous comprendre.

Voici qui est plus étrange encore. Supposons l'une de ces prescriptions accomplie et invoquée par le défendeur : quelle sera la position de ce débiteur? Sera-t-il simplement réputé avoir payé sa dette? Ou bien sera-t-il libéré par la volonté de la loi, indépendamment de la présomption de payement? Si la prescription est réellement et par elle-même une *cause extinctive* de la dette, il sera assurément bien inutile de s'occuper de la présomption de payement. La prescription suffira par elle-même à la libération du débiteur. Mais si cela est vrai, dites-moi alors pourquoi et dans quel but la loi permet au créancier de déférer le serment au débiteur sur la question de savoir *s'il a ou non payé sa dette* (art. 2275). Considérez dans quel milieu impossible vous la placez! « La présomption de payement, lui faites-vous dire, n'est pas la prescription elle-même; elle n'en est que le motif ou le pourquoi. Dès lors peu importe que cette présomption soit ou non conforme à la vérité. Quand même elle serait fausse, la prescription, quoique dépourvue alors de tout motif, subsiste néanmoins et c'est elle qui éteint la dette. Le créancier doit dans tous les cas perdre son droit en punition de sa négligence. Toutefois, s'il m'est démontré que la dette n'a pas été payée, le créancier, bien que coupable, conservera son droit. »

Je vous ferais injure si j'insistais davantage sur ce point. J'ai la conviction que vous reconnaîtrez avec moi que ces prescriptions, bien qu'appelées *libératoires*, ne sont et ne peuvent être que des *présomptions légales du payement de la dette.*

Or, si ces prescriptions ne sont, au fond, que des présomptions, pourquoi en serait-il autrement des autres prescriptions? Quelles différences y a-t-il entre celles-ci et celles-là, si ce n'est que les unes reposent sur une simple présomption de payement,

Digitized by Google

tandis que les autres ont pour double fondement la présomption d'un payement, d'abord, mais en outre et subsidiairement, la présomption d'une remise de la dette. C'est ce qui explique pourquoi ces dernières ne comportent pas la délation du serment au débiteur. Et, en effet, que gagnerait-on à engager un débat sur la question de savoir si la dette a été ou non payée? Quand bien même le débiteur reconnaîtrait qu'il ne l'a point payée, la prescription qu'il invoque ne serait point pour cela dénuée de fondement, puisqu'il resterait encore, pour la couvrir, la présomption que le créancier lui a fait la remise de la dette. L'intérêt public exige, d'ailleurs, que ces présomptions, devenues si fortes par la longue inaction du créancier, ne puissent pas être elles-mêmes mises en question. Ainsi, la seule différence qu'on puisse signaler entre les prescriptions pour lesquelles la loi admet la délation du serment au débiteur, et les prescriptions ordinaires, c'est uniquement que celles-ci ont une force *probante* plus grande que les premières; or, si énergique et si invincible que soit la force probante du fait, ce fait ne peut pas, évidemment, être considéré comme une *cause extinctive* de la dette dont il prouve l'extinction. Autrement, on retomberait dans les impossibilités que j'ai déjà signalées. Ainsi, il faudrait dire, d'une part, que la loi présume que le débiteur est libéré par l'effet d'un payement ou d'une remise de la dette, et, d'autre part, qu'elle est obligée d'intervenir pour éteindre, par une autre cause, la dette qu'elle tient déjà pour éteinte!

Ma définition n'a donc aucun vice capital. Si elle heurte de front le texte de la loi, elle est en parfaite harmonie avec son esprit; elle concorde, de la manière la plus exacte, avec le fondement essentiel de la prescription; elle conduit au but plus sûrement et plus directement que la vôtre. Dès lors, pourquoi lui faire une aussi rude guerre? Je reconnais volontiers qu'elle sera quelquefois, de même que la vôtre, du reste, contraire à la vérité des faits; mais qu'importe! Quel besoin éprouvez-vous de présumer la fraude et l'injustice plutôt que la loyauté? Un jugement peut aussi être contraire à la vérité, reconnaître comme propriétaire celui qui ne l'est pas, ou comme éteinte une dette encore existante. Dit-on pour cela que l'autorité de la chose jugée rend le défendeur propriétaire de la chose revendiquée contre lui, ou qu'elle le libère de la dette pour laquelle il a été poursuivi? Les marques de mitoyenneté ou de non-mi-

Digitized by Google

toyenneté cessent-elles d'être des présomptions parce qu'elles peuvent n'être que des apparences trompeuses ?

Vous insistez pourtant. Sans doute, dites-vous, la présomption d'une acquisition ou d'une libération précédemment réalisée sert de fondement à la prescription; mais cette présomption n'est pas la prescription, elle n'en est que le motif. A ce motif, d'ailleurs, vient s'en joindre un autre, tiré de l'ordre public même. On sait, en effet, que les plus hautes considérations d'intérêt social ont déterminé le législateur à consacrer, quand l'état des choses a duré trop longtemps, jusqu'aux usurpations les plus flagrantes. Ainsi, supposons que le possesseur du champ que je viens revendiquer eût l'impudence de me dire : « Il est très-vrai que je n'ai jamais eu de juste titre pour posséder ce bien, que je m'en suis emparé de mauvaise foi, et sachant parfaitement qu'il appartenait à un autre; mais voici quarante, cinquante, soixante ans que je le cultive et le traite en propriétaire; or par cela seul il m'appartient, il y a prescription. » Ce langage, si révoltant qu'il puisse paraître, sera cependant couronné de succès, et l'usurpateur sera déclaré propriétaire *malgré son aveu*, par cela seul qu'il possède en maître depuis plus de trente ans. On sanctionnera de même la prétention du défendeur qui dirait : « Je sais parfaitement que je vous devais 50,000 francs, et que ma dette n'a jamais été payée par moi, *ni remise par vous;* mais voici plus de trente ans qu'elle est échue sans que vous m'ayez jamais poursuivi ni fait aucun acte interruptif de prescription, et par conséquent votre créance est éteinte, je ne vous dois plus rien. » Or, puisqu'il en est ainsi, puisque, après un certain délai, la loi elle-même transfère le droit, ou éteint la dette, *malgré l'absence constante et avouée de toute autre cause juridique*, il est donc manifeste que la prescription est bien ici une *cause* d'acquisition ou d'extinction, et non pas simplement la présomption d'une cause préexistante, l'acquisition ou la libération.

Voici ma réponse.

L'espèce à laquelle vous avez recours est à peu près impossible, tant elle est invraisemblable; elle n'a pas dû entrer dans les prévisions de la loi ; dès lors elle ne peut pas servir à marquer qu'elle est, au juste, l'idée que la loi s'est faite de la prescription.

Peut-être même pourrait-on soutenir que la prescription n'est

Digitized by Google

pas faite pour ce cas. En effet, lorsque les rédacteurs du Code permettent à un défendeur d'y recourir, ils supposent évidemment qu'il l'invoque sans s'inscrire contre elle. On comprend qu'un débiteur dise : « Vous prétendez que ma dette existe encore; j'affirme qu'elle est éteinte; dans tous les cas, la prescription tranche le débat; elle prouve ma libération. » De même on conçoit encore qu'un possesseur vienne dire: « Vous prétendez que je ne suis point propriétaire de la chose que vous revendiquez; vous affirmez même que je n'en suis que possesseur de mauvaise foi; mais qu'importent ces allégations? J'ai pour moi la prescription. » La loi peut admettre et accepter tout cela. Mais se peut-il qu'elle ait sciemment, et en parfaite connaissance de cause, dit à la justice : « Si un débiteur effronté vient vous déclarer que la prescription qu'il invoque est contraire à toute vérité, qu'en y recourant il entend en retirer un bénéfice contraire à toute morale, vous devrez néanmoins l'écouter et le déclarer affranchi de la dette dont il avoue audacieusement l'existence.» J'ai peine à croire à une telle énormité!

Peu importe, au reste. J'accepte votre espèce et la solution que vous lui appliquez. Je le puis sans danger, car le raisonnement que vous en tirez contre moi ne prouve absolument rien; ce n'est, au fond, qu'une pétition de principe. Il serait irréprochable, sans doute, s'il était vrai que l'aveu de l'existence de dette par le débiteur qui invoque la prescription, efface la présomption qui le protége; mais il n'en est pas ainsi : ce qu'il fait l'emportera sur ce qu'il dit. Puisqu'il réclame le bénéfice de la prescription, il excipe par là même de la présomption, qui en est le fondement. Qu'importe qu'il déclare ensuite que cette présomption est contraire à la vérité! La loi n'a pas à s'occuper d'un aveu que le défendeur désavoue lui-même par son recours à la prescription; elle ne voit dans cet aveu qu'une parole en l'air, une espèce de forfanterie immorale dont elle n'a aucun compte à tenir. En un mot, lorsqu'un fou, placé sous la protection d'une présomption d'ordre public, vient dire : « Votre présomption est contraire à toute vérité, j'entends pourtant en bénéficier, » la loi, sans s'arrêter à cette critique d'elle-même, maintient la présomption et le protége quand même.

Autrement, qu'arriverait-il? La plupart des présomptions d'ordre public se transformeraient en *causes* proprement dites

Digitized by Google

d'acquisition du droit qu'elles supposent préexistant! Passez-moi, en effet, votre raisonnement, et je me fais fort alors d'établir, avec toute l'évidence d'une vérité mathématique, que l'autorité de la chose jugée, et la règle *pater is est...*, sont de véritables modes d'acquisition ou de libération. Sans doute, dirai-je, l'autorité de la chose jugée repose sur la présomption que la décision des juges est conforme à la vérité; mais cette présomption n'est point l'autorité de la chose jugée; elle n'en est que le motif ou le fondement. A ce motif, d'ailleurs, vient s'en joindre un autre tiré de l'intérêt général de la société. Les plus hautes considérations ont, en effet, déterminé le législateur à tenir pour vraies les erreurs même de la justice. Ainsi, qu'on suppose qu'un défendeur, protégé par l'autorité de la chose jugée, et poursuivi de nouveau, vienne dire : « Oui, » je reconnais que la justice s'est trompée; la chose dont elle » m'a reconnu propriétaire ne m'appartenait pas; la dette qu'elle » a déclarée éteinte existait encore; tout cela est vrai; mais un » jugement existe en ma faveur, un jugement passé en force de » chose jugée, qui m'a reconnu propriétaire de la chose que je » possède, libéré de la dette dont on poursuit le payement; or, » par cela seul, l'objet du litige m'appartient; la dette objet de » ce débat est éteinte. » Ce langage, si révoltant qu'il puisse être, sera cependant couronné de succès, *malgré l'aveu du défendeur*, et par cela seul qu'il existe à son profit un jugement passé en force de chose jugée qui le déclare propriétaire ou libéré. Or, puisqu'il en est ainsi, puisqu'en présence de ce jugement la loi elle-même transfère le droit, ou éteint la dette malgré *l'absence constante et avouée de toute autre cause juridique*, il est donc manifeste que l'autorité de la chose jugée est ici, non pas simplement une *preuve*, mais une cause véritable d'acquisition ou de libération.

Irez-vous jusque-là?

Si, enfin, l'enfant placé sous la protection de la règle *pater is est...* venait dire : « Je ne suis point l'enfant du mari de ma mère, c'est parfaitement vrai, mais j'ai pour moi le bénéfice de la présomption *pater is est...*, c'est assez pour que je sois enfant légitime, » ne faudrait-il pas l'écouter? La présomption *pater is est...* ne peut pas être pourtant *une manière d'acquérir* l'état d'enfant légitime!

Ces raisons ne vous semblent-elles point décisives? Il en est

Digitized by Google

de plus puissantes encore. Je les puise dans la loi elle-même et dans votre propre commentaire.

Après avoir dit, dans l'article 703, que les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut pas en user, la loi ajoute, dans l'article 704 : « Elles revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user, à moins qu'il *ne se soit écoulé un espace de temps suffisant pour faire* PRÉSUMER L'EXTINCTION *de la servitude*, ainsi qu'il est dit à l'article 707. » Vous le voyez, monsieur, la loi est formelle ! Lorsque le propriétaire du fonds dominant reste trente ans sans user de la servitude, cette longue inaction *n'éteint* point la servitude; elle en fait seulement *présumer* l'extinction. Vous en faites vous-même la remarque. Il est vrai que cette présomption étant *juris* et *de jure*, et par conséquent invincible, a le même effet qu'une extinction effective consentie expressément par le propriétaire du fonds dominant, mais enfin la loi ne voit dans l'inaction prolongée de ce propriétaire que la *preuve* d'un abandon tacite de son droit. Si elle écarte son action, c'est uniquement parce qu'elle présume qu'il a volontairement, quoique tacitement, renoncé au bénéfice de la servitude. — Direz-vous que cette *présomption légale d'extinction* ne constitue pas une *prescription* proprement dite? Mais l'article 708 l'appelle précisément de ce nom !

J'ai donc eu raison de dire, monsieur, qu'au lieu *d'éteindre* la servitude par un mode particulier et spécial, la prescription n'a d'autre effet que d'en faire *présumer* l'extinction par abandon, c'est à-dire par l'un des modes ordinaires d'extinction. C'est ce qui indique, sans doute, pourquoi la loi ne l'a pas fait figurer parmi les manières dont s'éteignent les servitudes personnelles ou réelles.

Cette manière d'entendre l'article 703 est aussi la vôtre. « Puisque, dites-vous, le non-usage, pendant trente ans, n'é-
» teint la servitude *que parce qu'il indique, et en tant qu'il in-*
» *dique le consentement du maître du fonds dominant d'aban-*
» *donner son droit*... il s'ensuit que le non-usage n'aurait pas
» les caractères voulus pour produire l'extinction, s'il était
» possible de trouver dans les circonstances *cette renonciation*
» *tacite*[1]. »

[1] Vous décidez, conformément à cette idée, que quand la source soumise

Digitized by Google

Cette prescription de la servitude par le non usage n'est donc, à vos yeux comme aux miens, qu'une *renonciation tacite*, un abandon présumé, une *présomption*, enfin. Or si cela est vrai, de par la loi et de votre propre aveu, pour les prescriptions dites libératoires des servitudes, pourquoi en serait-il différemment des prescriptions dites libératoires des dettes?

Enfin, monsieur, n'est-il pas bien naturel d'admettre que, parmi les circonstances qui sont propres à prouver par voie d'induction l'extinction d'une dette, et qui à ce titre prennent le nom de *présomptions de libération*, la loi a compris l'inaction prolongée du créancier, de même que la remise du titre faite par le créancier au débiteur? Cette idée s'offre si naturellement et si vivement à l'esprit, qu'elle vous domine vous-même. « Quand la loi, dites-vous, par l'effet de la *prescription*, » vous déclare libéré d'une dette, c'est parce que le silence » gardé par votre créancier lui fait *présumer* que vous l'avez » payé; et c'est *également* parce que la remise que le créancier » vous a faite de son titre fait *supposer* un payement, que la loi » vous déclare encore libéré de votre dette : ce sont là des pré- » somptions légales. » — Ainsi, vous en faites l'aveu, l'inaction prolongée du créancier est une circonstance de même na-

à un droit de puisage s'est tarie et qu'elle reparaît après trente ans, la servitude reste subsistante. Et en effet, dites-vous, comment voir dans le silence du propriétaire du fonds dominant une renonciation à son droit? Est-ce qu'il pouvait agir contre le propriétaire du fonds servant pour le forcer à faire l'impossible? C'est donc bien le cas d'appliquer la maxime *contra non valentem agere non currit præscriptio.* — Sur ce point encore je ne serai pas de votre avis. Les articles 704, 706 et 707 consacrent l'extinction de la servitude par le non-usage, sans distinguer entre le non-usage *volontaire* et le non-usage *forcé.* Dès lors, pourquoi distinguez-vous? Vous invoquez, dans le cas du non-usage *forcé*, la règle *contra non valentem agere non currit præscriptio;* mais dans votre traité-commentaire de la prescription, vous adoptez l'avis de ceux qui pensent que cette maxime n'a pas été maintenue dans notre droit. Eût-elle été maintenue d'ailleurs, que ce n'eût pas été le cas de l'appliquer; car si, en fait, le propriétaire du fonds dominant ne peut pas, en exerçant sa servitude, empêcher la prescription de courir contre elle, il peut, en droit, l'interrompre civilement, soit en se faisant donner par le propriétaire du fonds servant une reconnaissance volontaire de la servitude, soit, en cas de refus, en l'assignant à l'effet d'obtenir une reconnaissance judiciaire de son droit. S'il laisse passer trente ans sans user de ce moyen, son silence a le même effet que son inaction dans le cas du non-usage volontaire; il fait présumer qu'il a voulu laisser éteindre la servitude, qu'il y a renoncé.

Digitized by Google

ture que *la remise du titre;* vous les assimilez, vous les mettez sur la même ligne; l'effet que l'une produit, l'autre le produit *également*. Ce sont deux circonstances auxquelles la loi attache l'effet de *prouver* la libération du débiteur. Reconnaissez donc avec moi que la prescription appelée inexactement *libératoire* n'est, au fonds, qu'une présomption légale de libération.

Peut-être, au reste, ai-je eu tort d'être trop absolu. Peut-être aussi avez-vous commis la même faute, en sens inverse; il se peut que la vérité, au lieu d'être d'un côté ou de l'autre, ne soit qu'entre nous deux.

Pour mon compte, je reste convaincu que les prescriptions qui admettent la délation du serment ne sont et ne peuvent être rien autre chose que des présomptions. Je ne doute point, non plus, qu'en donnant la même qualification aux autres prescriptions libératoires, je ne réponde parfaitement à la pensée intime de la loi. Si, quand elle se trouve en présence d'une inaction prolongée du créancier, elle déclare la dette éteinte, c'est uniquement parce qu'elle est convaincue qu'il en a reçu le payement, ou qu'il en a fait remise au débiteur. Or quelle que soit la supposition qu'on admette, on aboutit toujours à l'un des modes ordinaires d'extinction des obligations, à savoir le payement ou la remise de la dette.

Quant aux prescriptions dites acquisitives, on peut soutenir qu'elles sont bien réellement des causes particulières et proprement dites d'acquisition; sans doute le possesseur est, à l'encontre des tiers, qui, sans apporter de preuves légales à l'appui de leur prétention, se disent propriétaires, présumé avoir la propriété réelle et légitime de la chose qu'il possède; mais lorsqu'il est obligé, pour se défendre, de recourir à la prescription, la présomption qu'il est devenu propriétaire par l'effet d'un mode ordinaire d'acquisition, s'efface alors. Le demandeur ayant, en effet, juridiquement établi que la chose qu'il revendique était à lui avant que la possession eût commencé, cette chose ne peut appartenir au défendeur qu'autant qu'il s'est passé un fait juridique qui lui en a transféré la propriété; or, cette preuve, il ne la fait pas, et il ne peut pas la faire; car, de deux choses l'une : s'il invoque un titre, la présomption d'une acquisition antérieure tombe alors, puisqu'il est établi, par le titre même qu'il produit, qu'il a reçu la chose d'une personne autre que le véritable propriétaire; s'il n'a point de titre à pro-

Digitized by Google

duire, c'est qu'apparemment il n'a jamais été qu'un simple possesseur de la chose qu'il détient; s'il l'eût réellement acquise, ainsi qu'il l'affirme, il aurait un titre d'acquisition à montrer. Il se peut, il est vrai, qu'un titre ait existé et qu'il l'ait perdu; mais si l'on conçoit sans peine la perte d'une quittance, il est bien difficile d'admettre la perte ou la destruction d'un titre de propriété. Les titres de cette nature sont trop importants, ils engagent trop essentiellement les intérêts de la famille pour qu'on ne mette pas tous ses soins à les préserver des accidents qui pourraient les détruire; leur perte est donc peu probable. Dès lors, on ne peut point fonder sur elle une présomption de propriété en faveur du possesseur.

Ainsi, par cela même qu'il invoque la prescription, il élève contre lui une présomption qui lui est contraire. Mais, si la présomption d'une acquisition antérieure s'efface, la loi lui en substitue une autre. Elle suppose que le propriétaire qui est resté si longtemps dans l'inaction a renoncé à son droit, et, s'emparant de cette propriété abandonnée, elle en investit le possesseur, qui devient ainsi propriétaire par l'effet de cette investiture légale. Cette acquisition n'a rien qui ressemble aux acquisitions ordinaires; aucune mutation n'a eu lieu de l'ancien propriétaire au possesseur. Le propriétaire n'a pas, en effet, entendu *aliéner* sa chose, c'est-à-dire la transférer au possesseur, que peut-être il ne connaissait pas; il a tout simplement renoncé à son droit. Le possesseur l'a reçue, non pas du propriétaire, qui ne l'avait plus, mais de la loi, qui la lui a donnée à raison même de sa possession.

On peut, à l'appui de la distinction que je propose, invoquer le droit romain, qui, en effet, a toujours considéré l'*usucapion* comme un mode d'acquisition, sans jamais mettre la *prescription* parmi les modes d'extinction des obligations.

FR. MOURLON.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière d'enregistrement.

Par M. Gabriel DEMANTE, professeur suppléant,
chargé d'un cours d'enregistrement à la Faculté de droit de Toulouse.

Droits de mutation par décès. — Privilége de l'administration. — Succession vacante. — Héritier bénéficiaire.

SOMMAIRE.

1. Arrêts récents de la Cour impériale de Paris, sur le droit *de prélèvement* de l'administration, à raison de l'impôt des mutations par décès.
2. Monuments antérieurs de la jurisprudence.
3. Jurisprudence de la Cour de cassation, au cas de succession vacante.
4. Connexité des deux questions.
5. Utilité de reprendre la controverse dans son ensemble. — Division.

SECTION I.

L'IMPÔT DES MUTATIONS PAR DÉCÈS CONSTITUE-T-IL UNE DETTE DE LA SUCCESSION ?

6. Solution négative.
7. Esprit de la loi moderne.
8. Textes de la loi du 22 frimaire an VII.
9. Du principe de la *non-distraction des charges.*
10. Ce principe est rigoureux, mais il est juridique.
11. Dans tous les cas, il est exclusivement limité aux rapports de l'État avec l'héritier.

SECTION II.

COROLLAIRES DE LA PROPOSITION DÉMONTRÉE DANS LA SECTION I.

§ 1. — *Du privilége de l'administration.*

12. Ce privilége ne doit être opposable qu'aux créanciers personnels des héritiers.
13. Article 32 de la loi du 22 frimaire. — Avis du conseil d'État du 21 septembre 1810.
14. Dans quelles limites ce privilége est contenu aujourd'hui.
15. Jusqu'où il pourrait être étendu par le législateur.

§ 2. — *De la succession vacante.*

16. La perception de la loi sur les successions vacantes est contraire à l'équité ;
17. — contraire aux principes du Droit ;
18. — contraire aux textes de la loi.
19. Argument tiré par Merlin du dernier état de la jurisprudence féodale.
20. Cet argument ne saurait prévaloir dans le silence de la loi moderne.

§ 3. — *De l'héritier bénéficiaire.*

21. Règlement de la situation de l'héritier bénéficiaire :
22. — à l'égard du Trésor ;
23. — à l'égard des créanciers du défunt.
24. Conclusion.

Digitized by Google

1. La Cour impériale de Paris, par deux arrêts infirmatifs du 13 mars dernier[1], vient de décider que l'administration de l'enregistrement doit être payée des droits de mutation par décès, sur les capitaux mobiliers de la succession, *par prélèvement et préférence* aux créanciers du défunt.

2. Cette décision n'est pas nouvelle en jurisprudence ; elle a déjà été autorisée par la Cour de cassation[2]. Mais la solennité des récents débats et surtout la hardiesse des moyens, invoqués par l'organe du ministère public, ont donné à ces derniers arrêts un retentissement inusité, dont l'écho même a dépassé l'enceinte du Palais[3]. On peut maintenant saisir le vrai caractère de la controverse : ce n'est pas une aride question d'exégèse, élevée sur le texte d'une loi spéciale; il ne s'agit rien moins que du fondement de la propriété et des principes premiers du Droit. Il s'agit de savoir si, par un mouvement rétrograde, la loi moderne peut consacrer des priviléges, non plus seulement à raison de la *qualité de la créance*, mais à raison de la qualité de la personne du créancier, et si, en un mot, l'intérêt de l'État est la seule mesure du juste et de l'injuste.

Voilà ce que les arrêts du 13 mars découvrent à tous les yeux.

Mais, pour qui veut descendre au fond des choses, il est manifeste que la doctrine, dont il s'agit, a des racines bien plus anciennes.

3. Ce n'est pas seulement dans l'arrêt de *cassation* du 3 décembre 1839 qu'on trouve un précédent considérable. C'est, sans doute, alors que, pour la première fois, à ma connaissance, la Cour de cassation a explicitement développé la théorie qui vient de prévaloir sur le privilége de l'administration. Mais cette théorie était déjà virtuellement contenue dans le système, constamment suivi par la Cour, en matière de succession vacante.

Cependant, des jurisconsultes, consommés dans la critique des arrêts[4], ont cru qu'il y avait lieu de distinguer entre les deux hypothèses, et, en acceptant la jurisprudence dès lors établie, quant à l'exigibilité de l'impôt sur les successions va-

[1] V. *le Droit* du 14 et du 15 mars 1855, et *le Moniteur* du 17.

[2] *Cassat.*, 3 décembre 1839 (Dall., *Nouv. Rép.*, v° *Enregistrement*, n° 4034).

[3] V. *l'Assemblée nationale* du 6 avril et *la Presse* du 7. — V. encore la *Gazette des Tribunaux* du 24 mars, et *le Droit* du 4 avril.

[4] MM. Dalloz, *Répertoire*, v° *Enregistrement*, 1re édition, t. VII, p. 356, n° 21; nouvelle édition (1850) nos 4028 et 5181.

Digitized by Google

cantes, ils ont essayé de défendre encore, dans tous les autres cas, la position des créanciers héréditaires.

4. Il nous paraît impossible de maintenir la distinction.

Sans doute, il arrive fréquemment qu'un système étant posé dans un cas spécial, les tribunaux hésitent encore longtemps sur les conséquences extrêmes du principe admis. Mais, avec le temps, la logique se fait jour, les conséquences se développent successivement, et souvent l'opinion publique ne s'alarme qu'au moment où un système déjà ancien porte ses derniers fruits. Or, à ce moment, il est trop tard; les réclamations ne sont plus entendues : la jurisprudence est fixée.

5. Quoique arrivé peut-être à ce moment fatal, il nous paraît utile, pour apprécier l'état de la jurisprudence, de reprendre la controverse dans son ensemble. Nous examinerons donc, en thèse générale, la nature de la créance du trésor, à raison des droits de mutation par décès. Est-ce une dette de la succession, ou une dette de l'héritier? Voilà la question fondamentale.

De la solution de cette question découlera le règlement des points suivants :

1° Quelle est la portée du privilége actuellement accordé à l'administration par la loi du 22 frimaire an VII? Dans quelle mesure ce privilége pourrait-il être justement étendu?

2° L'impôt des mutations est-il dû par les successions vacantes?

3° Quelle est la situation de l'héritier bénéficiaire, soit à l'égard de l'administration, soit à l'égard des créanciers du défunt?

SECTION I.

L'impôt des mutations par décès constitue-t-il une dette de la succession, ou seulement une dette personnelle de l'héritier?

6. En général, la succession n'est tenue, à titre de dette, que des obligations dont le défunt lui-même a été précédemment tenu. La dette des frais funéraires fait exception à cette règle, mais par des motifs d'humanité inapplicables à notre espèce.

Or, il répugne à la raison de considérer que l'auteur de la succession ait pu jamais, de son vivant, être tenu d'une dette causée par la mutation qu'opère son décès.

Il ne répugne pas moins à la justice de faire supporter l'impôt

Digitized by Google

des mutations par les créanciers du défunt qui, par hypothèse, ne font que perdre à la mort de leur débiteur.

Donc, en théorie pure, tout concourt à nous faire décider que l'impôt dont il s'agit n'est pas une dette de la succession, mais une dette personnelle de l'héritier.

7. L'esprit de la loi moderne est conforme à cette théorie rationnelle.

En général, c'est aujourd'hui l'acquéreur qui est tenu personnellement de l'impôt des mutations. Si d'autres personnes en sont tenues concurremment, c'est à titre de cautions solidaires et en tant qu'ayant concouru à l'acte sur lequel est assis l'impôt (*V.* Loi du 22 frimaire an VII, art. 29, 30 et 31).

Spécialement, en ce qui concerne l'impôt des mutations par décès, il est incontestable que les héritiers et les légataires en sont personnellement tenus (L. 22 frim., art. 32). La succession est-elle tenue de cet impôt solidairement avec l'héritier? Pour trouver un fondement juridique à une situation, aussi exorbitante du Droit commun, il faut dire aujourd'hui de l'État ce qu'on disait jadis du seigneur féodal, qu'il *n'a que faire de toutes les dettes du défunt*[1], et qu'il est préféré à tous ses créanciers « d'autant que son droit procède de la première et originaire » concession, laquelle est plus ancienne que le droit du vassal » et de ceux auxquels il a succédé dans le fief, et plus ancienne » par conséquent que celle de tous ses créanciers, *sur quelques* » *priviléges qu'ils soient fondés*, et parce qu'il n'a pu transférer » en leurs personnes plus de droit qu'il n'en avait, c'est-à-dire, » qu'il ne leur a pu transférer que la seigneurie utile, sans pou» voir aucunement préjudicier à la seigneurie directe, qui de» meure toujours par devers le seigneur dominant[2]. » Mais ce qui était vrai historiquement des relations du vassal avec le seigneur féodal, est faux en fait et en droit, appliqué aux relations des citoyens avec l'État[3].

La vérité est que l'impôt est le prix exigé par la société en

[1] Bacquet, *Traité des droits de justice*, chap. 14, n° 22.

[2] De Ferrière, sur l'article 28 de la coutume de Paris, n° 1. — Comparez les conclusions de M. le premier avocat général près la Cour de Paris, dans l'affaire *Clausse*, et nos observations, publiées dans *le Droit* du 4 avril 1855.

[3] V. M. Troplong, *De la propriété d'après le Code civil;* M. Laferrière, *Histoire des principes, des institutions et des lois*, pendant la révolution, depuis 1789 jusqu'à 1804; M. Paillard de Villeneuve, dans la *Gazette des Tribunaux* du 24 mars 1855.

Digitized by Google

retour de la protection accordée aux droits individuels. Que l'héritier paye le prix de la sécurité qui lui est garantie, cela est juste. Mais les créanciers du défunt n'ont que faire de la protection accordée à la transmission héréditaire. Cela est vrai non-seulement des créanciers hypothécaires et privilégiés, dont encore aujourd'hui la jurisprudence réserve expressément les droits[1]; mais cela n'est pas moins vrai des créanciers quelconques du défunt qui, au moyen de la séparation des patrimoines, peuvent neutraliser l'effet de la transmission héréditaire et faire liquider leurs droits, comme si leur débiteur était encore vivant.

L'héritier, à raison des biens qu'il acquiert, supporte un impôt plus ou moins élevé, suivant son degré de parenté avec le défunt. Cela encore est de toute justice. Mais comment concevoir que les créanciers héréditaires subissent une perte plus ou moins grande, suivant que l'héritier est un parent en ligne directe, un collatéral ou un étranger?

8. Si l'esprit de la loi est conforme à la théorie rationnelle de la matière, la lettre de la loi ne lui est nullement opposée.

De tous les textes cités dans la discussion, deux seulement méritent examen; ce sont les articles 14-8° et 15-7° de la loi de frimaire, aux termes desquels la valeur des biens transmis par décès est déterminée, pour les meubles, par la déclaration estimative des parties; pour les immeubles, par l'évaluation qui sera faite et portée à vingt fois le produit des biens, ou le prix des baux courants, *sans distraction des charges*. Quant aux autres articles de la même loi, notamment les articles 4, 28, 32 et 39, il suffit de les lire pour apercevoir aussitôt l'inanité des arguments qu'on en tire contre la thèse que je défends.

9. Il n'en est pas de même des articles 14 et 15. Au premier abord, ils semblent implicitement supposer le prélèvement de l'impôt sur les valeurs héréditaires, et il faut quelque réflexion pour en comprendre le sens et la portée.

Maintes fois, pourtant, on a fait observer que ces articles concernent seulement la liquidation du droit proportionnel et ne préjugent en rien la question de savoir qui est débiteur de l'impôt. Cette observation suffit pour les écarter du débat, mais je crois qu'il faut aller plus loin pour saisir l'esprit de cette disposition de la loi.

[1] V. l'arrêt de *cassation* du 3 décembre 1839.

Digitized by Google

10. Le principe de la non-distraction des charges est rigoureux, sans doute, mais il est juridique ; ce n'est pas seulement une mesure préventive contre la fraude, c'est une déduction logique des principes généraux du Droit fiscal. Asseoir l'impôt sur le bénéfice net de l'héritier, cela supposerait un système de législation qui affranchirait de tout droit les contrats *commutatifs*. Mais, dans le système de notre loi, ce qui fait encourir l'impôt, ce n'est pas l'enrichissement du contribuable, c'est la transmission de la propriété, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Il importe donc peu que l'acquisition de l'hérédité soit purement gratuite, ou purement onéreuse, ou mélangée de charges ; dans tous les cas, l'héritier ne devient pas moins propriétaire des choses héréditaires, et il doit payer l'impôt sur la valeur brute des objets qu'il acquiert.

11. Mais, quoi qu'il en soit, la disposition de la loi à cet égard est exclusivement limitée aux rapports de l'héritier avec l'État ; elle ne détruit aucune des considérations par lesquelles nous avons établi que le droit de mutation par décès est une dette personnelle de l'héritier.

SECTION II.

Corollaires de la proposition démontrée dans la section Ire.

§ 1. — *Du privilége de l'administration.*

12. Si l'État n'est pas créancier de la succession, non-seulement il ne peut prétendre contre les créanciers du défunt aucun *privilége* ou *prélèvement* (deux termes identiques, bien qu'on affecte aujourd'hui de les distinguer), mais il ne peut même concourir avec ces créanciers, lorsqu'ils demandent la séparation des patrimoines.

Tout ce que nous avons à dire désormais du privilége de l'administration doit donc s'entendre exclusivement d'un privilége opposable aux créanciers personnels de l'héritier.

Ce privilége existe-t-il ? dans quelles limites est-il contenu par la loi ? voilà ce qu'il nous faut rechercher.

13. Le seul texte de loi applicable à notre espèce est l'article 32 de la loi du 22 frimaire an VII, ainsi conçu : « Les droits des » déclarations des mutations par décès seront payés par les hé- » ritiers, donataires ou légataires. — Les cohéritiers seront soli- » daires. — La nation aura action sur les revenus des biens à

Digitized by Google

» déclarer, en quelques mains qu'ils se trouvent, pour le paye-
» ment des droits dont il faudrait poursuivre le recouvrement. »

Cet article accorde à l'administration deux droits bien distincts : 1° une action *personnelle*, solidaire contre les cohéritiers, divisible contre chaque donataire ou légataire, en proportion de ce qu'il recueille ; 2° une action *réelle* sur les revenus des biens à déclarer.

La distinction est fondamentale, et il est évident, quoi qu'on en ait dit, qu'il n'y a rien à inférer de la solidarité de l'action personnelle à l'existence du privilége en question. Nous devons donc concentrer notre examen sur la disposition finale de l'article 32 : « La nation aura action sur les revenus des biens à » déclarer, *en quelques mains qu'il se trouvent*, etc. »

Si la question était entière et n'était pas compliquée d'une décision ayant force de loi interprétative, je n'hésiterais pas à proclamer que le législateur de l'an VII, accordant à l'État sur les revenus des biens le *droit de suite*, sans restriction aucune, c'est-à-dire même, à ce qu'il semble, contre les tiers acquéreurs, lui accorde *à fortiori* sur ces mêmes revenus le *droit de préférence*. Mais le Conseil d'État l'a entendu différemment. Par un avis fortement motivé, approuvé par l'Empereur, le 21 septembre 1810, il a décidé que l'action réelle dont il s'agit ne peut être exercée contre les tiers acquéreurs, mais seulement contre les successeurs du défunt, qui ne sont pas d'ailleurs tenus personnellement de la solidarité, c'est-à-dire les donataires [1] et les légataires. Cette décision présente un exemple fort remarquable de l'esprit libéral qui, dans les questions de propriété, animait ce grand corps de l'État, auquel ne manquait pas certes alors l'esprit de gouvernement. Son interprétation législative reste en deçà du texte précis de la loi et en restreint la portée beaucoup plus que n'aurait pu faire, suivant moi, l'interprétation judiciaire.

Quoi qu'il en soit, cette restriction étant uniquement relative au *droit de suite*, je n'hésite pas à reconnaître à l'administration une action réelle sur les revenus des biens, à l'encontre des créanciers personnels des héritiers, donataires ou légataires, c'est-à-dire un véritable privilége.

[1] Il s'agit, bien entendu, seulement des donataires en vertu d'actes *soumis à l'événement du décès du donateur*. (Loi du 28 avril 1816, art. 45-4°.)

Digitized by Google

14. Mais ce privilége, comme on voit, est strictement limité aux revenus des biens à déclarer, et cette limitation a été introduite dans la loi avec maturité et réflexion. La Coutume de Paris disait (art. 47) : « Droit de relief est le revenu du fief d'un » an... » Le législateur de l'an VII a certainement voulu maintenir le système de la Coutume, lorsqu'il a porté à 5 pour 100 le maximum de l'impôt des successions (L. de frim., art. 69, § 8). Duchâtel, rapporteur de la commission des finances au conseil des Cinq-Cents, disait à ce propos : « Un droit pour le » payement duquel il faudrait vendre une partie de la propriété » ou sacrifier plus d'une année de revenu, ou emprunter à gros » intérêts la somme nécessaire pour l'acquitter, si toutefois en» core on la trouvait, ne pourrait qu'être fatal à la prospérité » publique elle-même, tout en ruinant le redevable [1]. » Bornant au revenu présumé d'une année le maximum de l'impôt, le législateur faisait assez pour la garantie du trésor en lui affectant les revenus des biens.

15. Aujourd'hui que les nécessités financières ont fait porter tant sur les meubles que sur les immeubles le maximum de l'impôt à 9,90 pour 100, l'affectation *réelle* des revenus des biens peut sembler insuffisante. L'administration en faisait très-justement la remarque dans ses observations présentées à l'Assemblée nationale de 1848 [2]. Sur ce point, il y a lieu sans doute d'augmenter les garanties du trésor, et en réservant expressément les droits antérieurs des créanciers du défunt, comme le veut le Code Napoléon (art. 2098), le législateur pourrait avec justice accorder à l'administration, contre les créanciers personnels de l'héritier, un privilége général sur tous les biens héréditaires meubles et immeubles, capitaux et revenus [3].

§ 2. — *De la succession vacante.*

16. Si l'on refusait à l'administration le *droit de prélèvement* sur les biens héréditaires, que deviendrait l'impôt sur les successions vacantes qui n'a pas d'autre base? Telle est l'observa-

[1] Rapport de Duchâtel, n° 19 (Dalloz, *Nouveau Rép.*, v° *Enregistrement*, n° 27).

[2] V. ces observations, rapportées par M. Dalloz, n° 5181.

[3] La Cour de cassation admet dès à présent ce privilége. V. un arrêt du 28 juillet 1851 (Dall., p. 51, 1, 233).

Digitized by Google

tion, pleine de justesse, des rédacteurs du *Journal de l'Enregistrement*[1].

La réponse est simple : cet impôt disparaîtrait, car la perception en est abusive et n'est pas moins contraire aux règles du Droit positif qu'aux principes de l'équité naturelle.

Si la succession est vacante, c'est qu'il ne convient pas à l'État de l'appréhender, et si l'État s'en abstient définitivement, c'est parce que le payement des dettes en a, par hypothèse, absorbé tout l'actif[2]. Si l'État, représenté en cette matière par l'administration de l'enregistrement et des domaines, eût demandé l'envoi en possession, il eût été obligé, en qualité de successeur du défunt, à payer les dettes jusqu'à concurrence des biens, sans autre prélèvement que celui des frais de régie; et parce que l'État juge à propos de s'abstenir, il sera autorisé à prélever, au détriment des créanciers, l'impôt des mutations par décès. Ainsi le bénéfice de l'État sera d'autant plus grand que la position des créanciers sera pire. Voilà certes un résultat qui répugne à l'équité!

17. Ce résultat est-il commandé par les principes généraux du Droit? En aucune façon. L'impôt est assis sur la mutation; or l'hérédité vacante soutient la personne du défunt; dire qu'il y a mutation du défunt à son hérédité, ainsi que l'a prétendu Merlin[3], c'est dire qu'il y a mutation du défunt à lui-même, ce qui implique contradiction. Donc l'impôt n'est pas exigible.

[1] N° du 21 mars 1855, art. 15997.

[2] Cela découle des principes du Droit civil, car *n'est héritier qui ne veut.* Cependant, au point de vue de la pratique administrative, ma proposition semble contredite par la célèbre circulaire du Grand-Juge, ministre de la justice, du 8 juillet 1806. Aux termes de cette circulaire, qui relate une décision conforme du ministre des finances, les préposés de l'administration ne devraient jamais s'abstenir d'une succession, à raison des charges qui la grèvent; mais ils devraient réclamer ou s'abstenir, suivant que la survenance d'un héritier est plus ou moins probable. Cette appréciation est fort délicate et laisse une grande latitude à l'action discrétionnaire des préposés. Aussi les circulaires de 1806, en ce point, sont à peu près tombées en désuétude. — MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain (sur l'article 768 du Code civil) ont très-bien indiqué la portée purement administrative de ces documents.

[3] *Questions de droit*, v° *Succession vacante*, § 2, p. 164, de l'édition de 1830. Merlin ose bien tirer argument des textes suivants : « *Hereditas* » *non heredis personam, sed defuncti sustinet* (L. 34, D., *De adq. rer., dom.* » XLI, 1); *Creditum est hereditatem dominam esse et defuncti locum obti-* » *nere* (L. 31, § 1, D., *De hered. instit.*, XXVIII, 5). »

Digitized by Google

Quand même on ne concéderait pas la force de ce raisonnement, on se trouverait arrêté dans la perception par l'impossibilité de liquider régulièrement le droit prétendu exigible. En effet, l'impôt est gradué sur la parenté de l'héritier avec le défunt. Quand la succession est vacante par suite de la renonciation de l'héritier le plus proche, on procède assez régulièrement [1] en liquidant le droit d'après la parenté de cet héritier (argument de l'art. 790 C. Nap.). Mais, lorsqu'il n'y a pas d'héritier connu, il y a impossibilité de procéder légalement. Il paraît qu'en pratique on prend le droit de 8 pour 100, en présumant que l'héritier, s'il existe, est un parent au delà du quatrième degré. C'est le comble de l'arbitraire, et ce détail d'application achève de démontrer que la perception est irrégulière dans son principe.

18. Vainement on s'est prévalu des textes de la loi fiscale qui imposent aux *curateurs* l'obligation de faire la déclaration de succession. Ces textes aujourd'hui demeurent sans application, à moins qu'on ne les étende aux curateurs des mineurs émancipés, ce qui ne va pas sans difficulté. Mais, dans la pensée des rédacteurs de la loi de frimaire, ils s'appliquaient sans conteste aux curateurs des personnes interdites pour cause de démence [2] ou par suite de condamnations criminelles [3]. Cette interprétation ressort clairement des textes mêmes que l'on invoque et qui parlent expressément des héritiers et de *leurs* curateurs [4].

L'équité, le Droit et la loi sont donc contraires à la perception.

19. Il reste comme unique fondement une induction tirée

[1] V. en ce sens un jugement du tribunal de la Seine, du 7 juillet 1841 (Dall., *Rép.*, n° 4031).

[2] Avant le Code civil, les interdits pour cause de démence étaient pourvus d'un curateur, conformément au Droit romain. L'article 108 du Code, au titre du *domicile*, portait en conséquence que le majeur interdit aurait son domicile *chez son curateur*. Cette rédaction se lit encore dans l'édition du Code Napoléon, de l'année 1807; elle n'a été modifiée qu'en 1816.

[3] V. le Code pénal de 1810, art. 29.

[4] L., 22 frimaire an VII, art. 27 et 29. En cas de contravention, « *les* cu- » rateurs supporteront personnellement les peines » (art. 34). Quels sont ces curateurs? Apparemment ceux-là seulement qui sont tenus de faire la déclaration, c'est-à-dire (art. 27) *les curateurs des héritiers*. — V. toutefois MM. Dalloz, n° 4028.

Digitized by Google

de l'histoire du Droit, dont nous devons maintenant apprécier la valeur.

Merlin, qui a développé cet argument dans toute sa force, le résume à peu près en ces termes :

Les Coutumes et les Édits n'étaient pas plus explicites sur la question que ne sont les lois modernes. Cependant le Parlement de Paris et le Conseil avaient décidé que, pour une succession vacante, le relief était dû au seigneur et le centième denier au roi. « Il n'est pas permis de croire qu'en employant pour les » droits d'enregistrement les mêmes dispositions qui avaient » créé le droit dont il tient actuellement la place, nos assem- » blées nationales aient voulu que ces dispositions fussent » entendues par rapport à l'un dans un sens différent que celui » qu'on leur avait constamment donné par rapport à l'autre [1]. »

Cet argument semble puissant, si l'on s'en tient à la superficie de l'histoire; mais si l'on veut descendre un peu avant dans l'analyse des institutions, on voit que la situation, dont il s'agit aujourd'hui, est radicalement différente de celle qu'avaient réglée, dans le cours du XVIIIe siècle, le Parlement de Paris et le Conseil du Roi.

Ç'avait été une question longtemps débattue de savoir s'il était dû relief au seigneur par le curateur d'une hérédité jacente. L'affirmative avait prévalu, mais aussi bien dans l'intérêt des créanciers du vassal que dans l'intérêt du seigneur. En effet, disait-on, au cas d'hérédité jacente, « le seigneur féodal peut » faire saisir le fief ouvert mouvant de lui, à faute d'homme et » faire les fruits siens, jusqu'à ce qu'il ait homme qui lui porte » la foi et hommage [2]. » Tant que dure la saisie féodale, le seigneur jouit du fief par préférence à tous les créanciers du vassal *sur quelque privilége qu'ils soient fondés*, car son droit est *plus ancien et plus fort* que celui de ces créanciers [3].

Les créanciers peuvent-ils obtenir mainlevée de la saisie en présentant un curateur? Cela avait fait grande difficulté : les plus rigoureux soutenaient que le seigneur ne peut être contraint de recevoir ce curateur en foi et hommage, lequel ne représente pas le vassal et *obsequia patrono præstare non potest.*

[1] *Questions de droit*, v° *Succession vacante*, § 2, p. 162 de l'édition de 1830.

[2] Bacquet, *Traité des droits de justice*, chap. 14, n° 22.

[3] Claude de Ferrière, sur l'article 28 de la coutume de Paris, n°s 1 et 2.

Digitized by Google

Après avoir exposé toute la controverse, Bacquet conclut en ces termes : « Le plus sûr est, pour éviter à infinis procès et se dé-» velopper des mains du seigneur de fief, lequel pendant la » saisie féodale fait les fruits siens : que le curateur créé par » justice à des biens confisqués ou à des biens vacants, *ou à* » *une hérédité jacente*, entre en foi du fief saisi et confisqué, » *comme homme vivant et mourant*, paye les droits et devoirs » dus par le défunt, si aucuns il devoit : et *de son chef*[1] paye » relief, tout ainsi que l'homme vivant et mourant présenté par » gens de mainmorte. »

Cet avis avait prévalu, et au temps de Claude de Ferrière, c'était l'*opinion commune au Palais*[2]. Par ce tempérament, on évitait la prolongation indéfinie de la saisie féodale, pendant laquelle le seigneur faisait les fruits siens, *en quoi les créanciers* du vassal auraient eu *grande perte et dommage*[3].

20. Comme on voit, le fondement de la jurisprudence, qui avait prévalu, est dans ce principe : « *Le seigneur n'a que faire* » *de toutes les dettes* du vassal[4]. » Dans le silence de la loi moderne, pour invoquer encore aujourd'hui l'autorité de cette jurisprudence, il faut dire aussi résolûment : L'ÉTAT N'A QUE FAIRE DE TOUTES LES DETTES DU DÉFUNT !

§ 3. — *De l'héritier bénéficiaire.*

21. La plus sérieuse difficulté du système que je défends, consiste à régler la situation de l'héritier bénéficiaire, quant au payement de l'impôt. Nous devons examiner cette situation : 1° à l'égard du trésor ; 2° à l'égard des créanciers du défunt.

22. A l'égard du trésor, l'héritier bénéficiaire est tenu personnellement de l'impôt. Cela résulte des principes généraux du Droit, car l'héritier bénéficiaire acquiert la propriété des biens du défunt, nonobstant les règles tracées pour son administration. Ces règles, il peut en sortir, quand bon lui semble, sous la seule sanction d'être déchu du bénéfice d'inventaire ;

[1] « Partant par son décès il y a ouverture au fief et s'il est établi un autre » curateur, il sera dû relief pour sa mutation. » De Ferrière sur Bacquet, *loc. cit.* V. encore le commentaire du même Claude de Ferrière, sur l'art. 34 de la Coutume de Paris, n° 12.

[2] Claude de Ferrière sur Bacquet, *loc. cit.*

[3] Bacquet, *loc. cit.*

[4] Bacquet, *loc. cit.*

Digitized by Google

mais les aliénations par lui consenties sont valables, puisque d'ores et déjà il est propriétaire. Cela résulte aussi bien des textes de la loi fiscale, qui ne font nulle distinction entre les héritiers. Or l'héritier bénéficiaire est héritier; *prius est esse quam esse tale.*

Cette doctrine est rigoureuse, mais elle est juridique [1].

23. Maintenant, si l'on prend pour accordé que l'impôt n'est pas une dette de la succession, il s'ensuit logiquement que l'héritier ne peut le faire entrer dans le compte du bénéfice d'inventaire [2].

Toutefois, cette déduction logique peut être écartée par la considération suivante:

L'acceptation bénéficiaire est souvent de l'intérêt bien entendu des créanciers du défunt. Outre l'avantage d'une administration gratuite, elle leur donne une chance de liquidation plus avantageuse que ne fait le cas de vacance. Il est donc juste d'autoriser l'héritier à porter au passif de son compte les sommes payées pour droits de mutation, par une sorte de compensation équitable pour l'utilité qu'il procure aux créanciers.

Quoi qu'il en soit, cette doctrine n'est pas assez bien assurée pour ne pas laisser beaucoup à l'arbitraire des juges du fait, et, dans le vague où est aujourd'hui, sur ce point, la jurisprudence des tribunaux et des Cours impériales, il faut dire avec MM. Rigaud et Pont: « Les héritiers bénéficiaires agiront pru-
» demment en s'assurant, avant d'accepter une administration
» onéreuse, du consentement des créanciers au remboursement
» des droits de mutation [3]. »

24. Telle est, envisagée dans tout son développement, la controverse agitée récemment devant la Cour impériale de Paris. La matière, comme on voit, touche aux principes fondamentaux du Droit civil et n'est pas étrangère aux principes constitutionnels du Droit public.

Pour soutenir la demande de l'administration, l'organe du ministère public n'a pas craint de reproduire presque littéralement les arguments, invoqués jadis à l'appui des prétentions des seigneurs féodaux. Cependant, s'il est un résultat constant

[1] La jurisprudence est fixée en ce sens. V. les arrêts cités par MM. Championnière et Rigaud, n° 2567.

[2] V. en ce sens un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 15 février 1849.

[3] Supplément au *Traité des droits d'enregistrement*, n° 548.

Digitized by Google

des *grands principes proclamés en* 1789[1], c'est assurément l'abolition de la féodalité ; l'abolition de la féodalité, c'est-à-dire la transformation du titre précaire du censitaire et du vassal en un titre de pleine et absolue propriété.

Les lois d'impôt, qui limitent la propriété privée, sont-elles autre chose qu'une émanation de la souveraineté de l'État? Doivent-elles être interprétées rationnellement, et coordonnées avec l'ensemble de notre Droit public et privé?

Ou, au contraire, ces lois protestent-elles encore aujourd'hui du domaine éminent du prince? La suzeraineté féodale, que l'on croyait abolie, n'a-t-elle fait que changer de mains? Ne l'avons-nous enlevée aux seigneurs que pour l'attribuer à l'État?

Voilà la question. GABRIEL DEMANTE.

LE CODE HENRI III DE BARNABÉ BRISSON[2].

Par M. Jules MINIER, professeur suppléant provisoire à la Faculté de droit de Poitiers.

Le progrès dans une science ne se manifeste ordinairement qu'après de longs et pénibles travaux, et l'époque qui en profite ne se rend pas toujours un compte exact des difficultés innombrables qu'il a fallu vaincre pour le réaliser.

En législation, comme en politique, cet oubli du passé apparaît dans une foule de circonstances. Aujourd'hui, par exemple, combien de gens ignorent les obstacles qu'on a dû surmonter pour arriver à la Codification; combien la croient sortie sans efforts du creuset législatif, maintenant qu'elle est passée dans les mœurs! Cette œuvre, si belle par sa simplicité, n'a pu, cependant, prendre vie qu'après plusieurs siècles d'essais infructueux.

[1] Constitution de 1852, art. 1er.

[2] La *Revue* a publié (1854, p. 45 et suiv.) un article de M. NICIAS-GAILLARD sur BARNABÉ BRISSON; il n'entrait pas dans le plan de l'auteur de la Notice de s'occuper tout spécialement du *Code Henri* (p. 56). C'est encore de la patrie de Barnabé Brisson que vient le travail complémentaire accueilli par la *Revue* : on aime à constater ce rapport de travaux sur un grand jurisconsulte du Poitou, dans une province où le droit est resté toujours en honneur. (*Note de la Direction.*)

Digitized by Google

En présence d'un travail si lentement accompli, ne devons-nous pas quelque reconnaissance à celui que le premier tenta une si vaste entreprise[1] et que la haine des ligueurs frappa d'impuissance?

C'est pour acquitter cette dette que j'essaye de mettre en lumière les travaux législatifs de Barnabé Brisson; ces quelques recherches serviront peut-être à déterminer avec précision l'état de la science juridique au XVIe siècle et à constater le développement successif de notre droit national.

Pour apprécier le recueil du président du parlement de la Ligue, il faut ne consulter que l'original publié en 1587 et destiné à recevoir les observations des parlements du royaume; car les éditions postérieures données par Charondas, Louis Frévin, Nicolas Frérot, Jean Tournel, etc., tout en reproduisant les divisions générales de l'œuvre primitive, n'en ont pas moins

[1] On peut dire que le Code Henri III est la première tentative sérieuse de codification; c'est en effet la seule compilation à laquelle on ait tenté de donner un caractère officiel. Quelques jurisconsultes rédigèrent des Codes, mais ces recueils purement privés étaient dénués de caractère légal. Tel fut le Code Henri IV, conférence du droit romain et du droit français, ou, pour mieux dire, résumé du droit coutumier de Normandie. Je ne parlerai point des grandes ordonnances auxquelles les contemporains donnaient le nom de Code, tels que le Code Michaud (ord. de 1629), Code civil ou Code Louis XIV (ord. de 1667), Code des marchands (ord. de 1673), etc.; on ne peut leur donner le titre de Code dans le sens actuel. — Quant aux *arrêtés de M. Lamoignon*, il est impossible de les ranger dans les essais de codification, d'abord parce que le président n'avait reçu aucune mission officielle, et ensuite parce que si son projet tendait à l'unité de la législation, il ne créait pas un véritable Code, si j'en crois cette note de Boucher d'Argis sur Bretonnier, page CI, ainsi conçue:

« Le dessein de M. le premier président de Lamoignon n'était pas de renouveler l'ancien projet de l'uniformité des coutumes, qui est ce que » M. Bretonnier semble faire entendre et même critiquer, mais seulement de » travailler à une seconde réformation de la coutume de Paris, et de fixer » des points dans la jurisprudence française sur les questions diversement » jugées, et de rassembler sous différents titres des règles qui pussent servir » de loi générale et commune dans tout le royaume pour les questions qui » ne sont pas nettement décidées par les coutumes. Dans cette vue, le premier président de Lamoignon avait honoré de son choix et associé à son » travail M. Auzanet et M. de Fourcroy. Cela est très-exactement exposé » dans les deux premières pages de la préface des Œuvres de M. Auzanet et » dans les deux premières pages d'une lettre écrite par M. Auzanet à un de » ses amis, le 1er décembre 1669, qui est imprimée après cette préface de ses » Œuvres. »

Digitized by Google

altéré la physionomie d'une manière notable par des additions, modifications et suppressions selon que la jurisprudence avait adopté ou rejeté les idées de Brisson. Charondas dit en effet dans sa préface : « Pour ce royaume, M. Brisson, président en » vostre parlement à Paris, avoit du vivant du feu roy Henri III, » de louable et immortelle mémoire, et par le commandement » de Sa Majesté, recueilly les ordonnances, édicts et constitu- » tions de vos prédécesseurs roys qui sont plus récents et usitez » en France, qu'il aurait mis en lumière sous le titre de Code » Henry : y ayant observé un tel ordre et disposition œcono- » mique, comme il estoit excellent en toutes sciences. Mainte- » nant qu'il convenait le remettre en lumière de vostre règne, » j'ay advisé d'y adjouster quelques mémorables ordonnances » des anciens roys, qui n'ont deu estres omises et oubliées, et » l'augmenter des constitutions et édicts de vostre royale et tres » sacrée Majesté. Afin que le Code Henry, comme renouvelé, » soit mis en lumière sous vostre nom et vostre authorité..... »

Tournet, dans sa nouvelle édition, exprimait les mêmes idées en s'adressant à Louis XIII, lorsqu'il disait : « Le Code des or- » donnances françaises réduites en sommaires à la forme et » modèle du droit romain, sous le nom et les auspices d'un roi » amateur de la paix et d'heureuse mémoire, Henry III, a esté » renouvelé plusieurs fois, et augmenté des nouvelles ordon- » nances du roy Henry-le-Grand, son successeur vostre père, » d'immortelle et très louable mémoire : et comme la succession » légitime vous a appelé à ses Estats, aussi vos ordonnances ont » immédiatement suivy les siennes, et ont esté insérées dedans » le mesme Code de Droit françois. » — Ajoutez à toutes ces modifications plusieurs transpositions qui suppriment des titres entiers, comme le titre 20 du livre VI *des Coutumes*, qui a été fondu dans le titre 1 du livre II de l'édition de Charondas, quelques additions qui changent le chiffre des titres, et vous trouverez une œuvre purement privée substituée à un Code destiné à être publié et promulgué par le pouvoir législatif.

Je prends donc l'œuvre de Brisson telle qu'il l'a produite et je rechercherai quel progrès elle constate pour les études juridiques et quelle influence elle a exercée sur les destinées de notre droit français.

Henri III n'était pas un de ces rois dont l'esprit éminemment organisateur semble né pour doter un peuple d'une législation

Digitized by Google

nouvelle; mais il régnait à une époque où les besoins de la pratique devenaient chaque jour plus pressants, et où la science juridique était assez avancée pour sentir les graves inconvénients d'une législation mal coordonnée. Dès le commencement du XIVe siècle, les jurisconsultes avaient compris la réforme à opérer, et Guillaume Du Breuil ajoutait à son livre intitulé *Stylus parlamenti* une compilation des ordonnances. Dumoulin qui, dans une épître à François Ier, avait émis l'idée de la fusion de toutes les coutumes en une seule loi, ajoutait en 1549 au recueil incomplet de Du Breuil des dispositions d'ordonnances latines depuis saint Louis jusqu'à Charles VIII.

Les états généraux avaient réclamé un recueil qui contînt toute la législation, et l'article 207 de l'ordonnance de Blois portait que le roi « avait avisé de commettre certains personnages » pour recueillir et arrêter les ordonnances, réduire par ordre » en un volume celles qui se trouveraient utiles et nécessaires, » et pour rédiger les coutumes de chaque province. »

Fontanon venait de publier la première édition des ordonnances; l'élan était donné dans toutes les classes de la société : « Henry III crut qu'il estoit à propos pour le bien de son royaume, » de faire, à l'imitation de Justinien, un recueil abrégé de toutes » les ordonnances de ses prédécesseurs et des siennes. M. Bar- » nabé Brisson, avocat général et ensuite président au parlement » de Paris, qui estoit alors regardé comme un très grand juris- » consulte, fut honoré par le roy de cette commission dont il » s'acquitta avec soins et diligence. Et il fit imprimer son ouvrage » en l'an 1587, sous le nom de *Basiliques et Code Henry*[1]. »

Mais le but que se proposait Henri III était loin de celui que voulaient atteindre les jurisconsultes; ceux-ci ne pouvaient que chercher à condenser dans un ordre plus ou moins méthodique toutes les ordonnances en vigueur; M. Brisson « n'avait » eu en veüe que de ramasser les ordonnances de nos roys les » plus sages, pour en faire un *Code*[2]. »

Les connaissances immenses du président le désignaient au choix du roi[3]. Jurisconsulte éminent, praticien habile et expé-

[1] Préface du premier volume des ordonnances du Louvre, par M. de Laurière, p. III.

[2] *Idem*, p. IV.

[3] L'auteur du discours *sur la mort de M. le président Brisson* dit, en parlant de son ambassade en Angleterre : « Là il acquit tant de réputation et

Digitized by Google

rimenté, il avait approfondi toutes les questions; avocat, il avait connu les subtilités de la pratique; magistrat, il en avait compris tous les abus. La théorie, pour lui, s'était vivifiée aux luttes du barreau, et sur le siége de la Cour, il avait eu le temps de méditer les principes du droit avec impartialité : Barnabé Brisson était donc le jurisconste le mieux préparé à cette œuvre nouvelle.

Son Code, tel qu'il fut envoyé aux parlements, est intitulé, *Code du Roy Henry III, Roy de France et Poloigne;* il est précédé des lettres de privilége accordées à l'imprimeur, et suivi d'une table des matières. Les lettres de privilége indiquent avec netteté les motifs de ce travail et les moyens que Henri III voulait employer pour satisfaire aux besoins de l'époque. Je crois devoir les transcrire; elles sont ainsi conçues : « Henry par la » grâce de Dieu Roy de France et de Poloigne, à nos âmez et » féaux les gens tenants nostre cour du parlement de Paris, » prévost dudict lieu, et son lieutenant, et aultres nos justiciers » et officiers qu'il appartiendra, salut et dilection. Comme le » souverain et plus asseuré moyen de manutention de l'Estat, » repos et tranquillité publique, et conservation d'un chascun » en son droict debvoir et office, soit le bon ordre et police » procédant des bonnes et sainctes loix, édicts et ordonnances » par la facile intelligence et certitude desquelles provient la » prompte et volontaire observation d'icelles : qui faict que » toutes choses sont continuées et augmentées dans leur inté- » grité et splendeur : il n'y a aussi au contraire rien de plus » pernicieux et dommageable à un Estat, et qui cause plus d'in- » volutions, troubles et subversions de toutes choses, que la » confusion et incertitude desdictes loix, édicts et ordonnances. » Ce que les gens des trois Estats de nostre royaume dernière- » ment assemblés en nostre ville de Blois, cognoissants et les » désordres, maux et ruines, qui en adviennent, nous auroient » remonstré, et sur ce instamment *requis et supplié d'y pour-* » *veoir, et pour cest effect faire revoir les ordonnances faictes* » *par les roys nos prédécesseurs, aulcunes desquelles ont esté*

» d'honneur, que l'Angleterre depuis ce voiage, l'a estimé l'un des plus accom- » plis personnages de l'Europe, un Brisson seul effaçoit le renom des plus » grands esprits, Brisson seul estoit nommé entre eux, Brisson l'honneur des » beaux esprits, l'ornement de la France. » Loysel l'appelle la lumière de la science et de la littérature de la France, la perle et l'ornement de l'Europe.

Digitized by Google

» *révoquées et abrogées, et les autres ne s'observent*[1], et à la publi-
» cation d'aulcunes en nos cours souveraines, ont été adjoustées
» certaines modifications contenues en leurs registres inco-
» gneues à nos subjects. Au moyen de quoy aurions dès lors,
» adviser de commettre certains personnages pour recueillir et
» arrester les dictes ordonnances, et réduire par bon ordre, en
» un volume, celles qui se trouveroient utiles et nécessaires;
» et suyvant ce continuant au dict soin et solicitude qu'avons
» de faire vivre nos subjets en asseurée et certaine paix et repos
» soubs l'authorité de nos édicts et ordonnances, et en retran-
» cher la multitude d'iceux, et oster la confusion qui y est,
» estant réduicte à bon et certain ordre, pour l'asseurance
» qu'avons eue de la doctrine et intelligence ez bonnes loix, et
» l'expérience qu'avons de la fidélité envers nous, suffisance
» probité, bon et indéfatigable zèle envers le public, de nostre
» amé et féal conseiller en nos conseils d'Estat et privé, messire
» Barnabé Brisson, président en nostre court de parlement à
» Paris, nous luy aurions commis et député ce grand labeur et
» charge. Ce qu'il auroit exécuté avec grande dextérité et di-
» ligence, et le tout rédigé en bon ordre, en un volume, que
» nous voulons et nous plaist estre doresnavant appelé nostre
» Code des édicts et ordonnances, sans que à l'advenir aultres
» soyent reçues : à laquelle fin et à ce que le tout soit tellement
» digéré et approuvé qu'il n'y a aulcun moyen d'y contrevenir,
» nos dicts vouloir et intention, sont, auparavant que d'y inter-
» poser nos authoritez et approbations, iceluy Code estre com-
» muniqué et arresté par nos parlements et courts souveraines :
» et pour ceste cause en avons faict imprimer quelque nombre,
» comme un project de nostre dessein pour estre veuz et digerez
» en nos dictes cours, tant en commun que particulièrement
» par nos officiers et aultres subjects qui seront estimés capables
» d'apporter quelque chose pour la perfection et accomplisse-
» ment d'un tel œuvre : pour par cy après les loix et ordon-
» nances y contenues estroictement gardées et observées,
» comme inviolables et sacrés en l'estendue de nostre royaume
» et terres de nostre obéissance. »

A peine ce projet était-il conçu que Henri III, effrayé de la

[1] Tous les mots en italique reproduisent la première partie de l'art. 207 de l'ordonnance de Blois, mai 1579.

Digitized by Google

possibilité de commentaires qui détruiraient cette uniformité qu'il avait rêvée pour *le repos et tranquillité de ses subjects*, voulut arrêter le mal dès sa naissance; non-seulement il n'attendit pas qu'un jurisconsulte eut donné une interprétation de son œuvre pour jeter ce cri de détresse : *Mon Code est perdu!* mais il repoussa même la vente du projet actuel par tout autre que Frédéric Morel auquel il assura le monopole présent et futur de toute publication relative au nouveau Code.

Pour atteindre le but indiqué par Henri III, *réduire par bon ordre en un volume, les ordonnances qui se trouveraient utiles et nécessaires, retrancher la multitude d'iceux* (édits) *et oster la confusion,* Brisson divisa son Code en vingt livres, terminés par un *tiltre général d'observation des ordonnances.* Ce titre contient quelques règles sur la manière d'appliquer la loi et d'obtenir les réformes jugées utiles. En appendice se trouvent plusieurs textes destinés à prendre place dans le corps de l'ouvrage, car on lit en tête : « Additions d'aucunz ar» ticles d'ordonnances obmis au présent Code : lesquels il con» vient adjouster et insérer ès lieux et feuillets particulièrement » coltez à la marge de chascun d'iceux articles[1]. »

Les livres se subdivisent en titres et les titres en articles; mais, moins bien inspiré que le législateur de 1804, il n'eut pas la pensée de relier l'ensemble de ses dispositions par une série non interrompue d'articles numérotés pour faciliter les citations : chaque titre a son ordre particulier de numéros. Toutefois, cette division était de beaucoup préférable à celle qui eût consisté à réunir indistinctement tous les actes législatifs par leur ordre chronologique, car les ordonnances contenaient des matières différentes sans connexité entre elles[2]; ajoutez que plusieurs répétaient ce que d'autres avaient décidé quelques années antérieurement. Ce double emploi était un défaut que le Code Henri III évitait.

Le travail de codification devant être la reproduction métho-

[1] Aussi une édition in-4° de 1599, publiée à Lyon par Jean Pillehotte, à l'enseigne *du nom de Jésus,* qui contient le texte pur, a-t-elle rétabli presque tous *les articles obmis* à leur numéro d'ordre.

[2] C'est pour éviter cette confusion qui existait dans les ordonnances et entravait les recherches que, vers le milieu du XVIe siècle, on prit l'habitude de diviser les ordonnances en chapitres et de donner à chaque subdivision un ordre spécial de numéros. Cette amélioration était encore insuffisante.

Digitized by Google

dique *des plus sages ordonnances* de nos rois, le rédacteur embrassa nécessairement toutes les matières du droit; droit public, droit administratif, procédure civile et criminelle, droit pénal et droit privé; mais toutes ces parties n'entrèrent dans la composition générale que dans des proportions fort inégales.

Le droit privé, en effet, concentré presque tout entier, sous le régime féodal, dans les coutumes nationales, le droit romain et la jurisprudence, n'était l'objet que de rares dispositions dans les ordonnances. La monarchie absolue qui devait dans le siècle suivant décréter les grands actes législatifs de droit privé, résumé officiel des travaux des jurisconsultes et de l'expérience des siècles, n'avait point encore entrepris cette œuvre importante. A part quelques édits, tels que ceux de 1556 sur les mariages clandestins; 1560 sur les secondes noces; 1566 et 1579 sur la réforme de la justice qui comprenaient de nombreuses règles de droit civil, le caractère des actes émanés de la royauté à cette époque est le même qu'aux XIIIe et XIVe siècles; c'est le droit public qui domine.

Faut-il s'étonner si le Code Henri III n'a été que la reproduction de ces idées?

Le droit ecclésiastique y occupe le premier rang; tout ce qui a rapport à l'organisation judiciaire est traité dans les livres II, III et IV. La procédure civile est résumée dans le livre V et l'instruction criminelle dans le livre VII; le livre VIII forme un Code pénal. Après le livre IX, relatif à l'exécution des jugements, viennent sept livres consacrés à l'administration de la police, des universités, des finances et des eaux et forêts. Les livres XVII et XVIII exposent la théorie des droits domaniaux et les principes de l'organisation gouvernementale. Le livre XIX contient comme accessoire ce qui concerne la chancellerie; enfin, le livre XX traite de la milice et détermine les subdivisions territoriales relatives à cette administration.

Quelle est la place du droit civile dans cette collection d'actes législatifs? Il est cantonné dans vingt-six titres formant le livre VI intitulé : *De diverses matières décidées par les ordonnances*, et encore le droit féodal y occupe-t-il plus d'un article[1].

[1] Voici l'énumération de ces titres relatifs au Droit civil : *Des constitutions de dot. — Des mariages clandestins. — Des secondes nopces. — Des donations. — Des testaments. — Des substitutions. — Des successions des mères aux biens de leurs enfants. — Des successions de ceux qui ont manié*

Digitized by Google

Le petit nombre des textes qui composent chaque titre est extrait des ordonnances de François Ier, François II, Henri II, Charles IX et Henri III; deux articles seulement sont empruntés l'un à Charles VII, et l'autre à Charles VIII; et encore le premier ne fait-il que reproduire la disposition de l'ordonnance de 1453 qui prescrit la rédaction écrite des coutumes.

Si l'on remonte, au contraire, aux sources auxquelles ont été puisés les titres consacrés au droit public ou administratif, on constate de nombreux emprunts faits aux rois qui essayèrent pendant la féodalité de substituer le système de centralisation au système de division et de morcellement.

Le catalogue des ordonnances de Charles V en fournit à Brisson un grand nombre parmi lesquelles je citerai celle de 1376 sur les eaux et forêts reproduite en partie dans l'ordonnance de 1669 et dont plusieurs principes ont été acceptés par notre législation actuelle[1]. Pour codifier les règles fondamentales de l'administration, Brisson n'avait qu'à compiler les grandes ordonnances de Charles VII sur les finances, l'armée et la justice[2], il y rencontrait les bases larges qui avaient définitivement constitué la royauté et anéanti le système féodal. Pour compléter cette matière, il lui suffisait de demander aux actes de Louis XI les dispositions oubliées ou simplement ébauchées par Charles VII; aussi le livre XVIII, intitulé : *Du roy et de sa cour*, est-il composé en majeure partie des ordonnances de Louis XI, comme les livres II, XII et XIII, exposant l'organisation judi-

les finances du Roy.— Des estrangers et successions d'iceux. — De la succession des pauvres de l'hospice du Saint-Esprit de Paris. — Des scellez et inventaires. — Des saisies féodales et de la noblesse. — Des rentes constituées à prix d'argent. — Des servitudes entre voisins. — Des retraicts lignagners. — De déclarer ès contrats en quel fief, ou censive, sont les héritages qu'on transporte. — De l'inexécution des lettres obligatoires. — Des cédules, recognoissances et dénégations d'icelles. — Des coustumes. — Des cessions et transports de debtes. — Des mineurs de 25 ans et de leurs tuteurs et curateurs. — Des nullités de contrats et restitutions en entier. — Des respits et cessions de biens. — Que tous arrêts et autres actes de justice seront faicts en langue vulgaire. — De la péremption d'instance.

[1] V. liv. XVI, tit. 5, 11, 12, 14 du Code Henri III. — Mon *Précis historique du Droit français*, p. 216.

[2] Sur les finances, V. le Code Henri, titres 1, 3, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 14 du livre XII. — Livre XIII, titres 1, 5, 6, 7, 10, 14, 15, 16, 17, 20. — Sur l'organisation judiciaire, liv. II, tit. 1-32.

Digitized by Google

ciaire et administrative[1], ont été puisés dans la législation de Charles VII.

Ces exemples suffisent pour montrer que le Code Henry III est le miroir fidèle de la législation de cette époque. Il résume les actes des anciens rois de France et leur assigne ainsi, involontairement, la place qu'ils occupent dans le développement général du droit français. La législation royale ne roule plus exclusivement sur le droit public, elle entre chaque jour plus avant dans le droit privé : le droit écrit s'élève sur les ruines des coutumes.

Mais cette réminiscence du passé ne suffisait pas à la *perfection de l'œuvre ;* de prudentes innovations devaient compléter la réformation et remplacer une *multitude d'édits* devenus inutiles. Comment aujourd'hui distinguer les textes nouveaux de ceux qui sont la copie des anciennes ordonnances? L'examen de cette question exige quelques détails.

Brisson voulant donner plus d'autorité à son Code crut devoir citer les actes législatifs qu'il reproduisait, à l'imitation du Code de Justinien.

Chaque disposition est placée sous une rubrique qui indique les articles des ordonnances auxquels elle a été empruntée, en y joignant presque toujours la date de l'acte législatif et le lieu où il a été signé, comme dans ces exemples : Henry II à Saint-Germain-en-Laye, en juin 1550, article 3. Charles IX à Amboise, en janvier 1578, article 8, etc. Si un article résume plusieurs ordonnances, elles sont toutes réunies sous la même rubrique de la manière que je viens d'indiquer. Quelquefois la mention ne consiste que dans le nom du roi et la date de l'ordonnance, comme ici : Louys XII, 1510.

Mais lorsque la rubrique mentionne des ordonnances de Henry III, il y a trois modes employés pour les citer, qu'il est d'autant plus nécessaire de distinguer, que chacun emporte une idée différente. Ainsi : 1° quelquefois la rubrique est semblable à celles que je viens de reproduire; elle relate l'article d'une ordonnance, avec sa date, le lieu où elle a été rendue, par

[1] Le livre II traite de l'autorité, de la juridiction des parlements, de la procédure qui y était suivie et des officiers chargés de les aider dans l'administration de la justice. — Le livre XII établit dans le même ordre d'idées des règles analogues pour la Chambre des comptes, ce que fait le livre XIII pour la Cour des aides.

Digitized by Google

exemple : Henry III ès estats de Blois, article 59, ou Henry III à Paris en octobre 1581, article 1, etc.; 2° en tête d'autres dispositions les mots : Henry III, 1585 ou 1586 suivent la citation d'une ordonnance antérieurement promulguée de cette manière: Charles IX à Paris, en novembre 1572, Henry III, 1586, ou Henry II à Yz sur Thille, en octobre 1535, article 7, Henry III, 1585; 3° enfin, plusieurs articles ont cette seule mention: Henry III, 1585 ou 1586.

La première formule (Henry III ès estats de Blois, article ...) n'offre pas de difficulté; elle annonce une disposition prise textuellement dans une ordonnance de Henri III antérieurement promulguée. Ici, la citation est la même que pour les monuments législatifs des autres princes. En voici un exemple : l'article 6 du titre 4, livre VI des secondes noces est la reproduction textuelle de l'article 182 de l'ordonnances de Blois[1], aussi est-il écrit immédiatement au-dessus : Henri III ès estats de Blois, article 182.

Il en est autrement lorsque l'article a pour rubrique la date d'une ordonnance déjà promulguée avec ces mots : Henri III, 1585 ou 1586; cette addition signifie que, tout en adoptant le principe posé dans l'acte législatif auquel le rédacteur se réfère, il en a modifié, restreint ou développé l'étendue. C'est ainsi qu'au titre 20 du livre VI, Brisson reproduit l'article 125 de l'ordonnance d'avril 1453 SUR LA RÉDACTION DES COUTUMES; mais la fin de l'article qui portait : « Toutesfoy, nous n'entendons » aucunement déroger au stile de nostre Court de parlement, »

[1] Cette disposition fut motivée par un scandale qui attrista la magistrature. La veuve du procureur général Bourdin, oubliant ce qu'elle devait à la mémoire de son défunt mari et à sa propre dignité, avait contracté un second mariage avec un nommé Brandano, son domestique, clandestinement et en cachette. Le procès se plaida en 1578; Brisson, alors avocat général, porta la parole : « A cause que le mariage avait été fait avant l'ordonnance, » dit Leprestre, *Traité des mariages clandestins*, il conclut seulement à ce » qu'à cette veuve fut interdite toute aliénation de ses biens meubles et » immeubles, et privée du douaire de son premier mary et de la propriété » des acquêts, et que pour la turpitude commise par eux, par scandale pu- » blique contre la loy de Dieu et l'honneur du sainct mariage, ils fussent » condamnés à 400 livres envers le roy. » Cette mésalliance aussi inconvenante donna *cause et sujet* à cet article 182 que Brisson devait reproduire avec d'autant moins d'hésitation que, quelques années auparavant, il avait regretté de ne pas trouver dans les ordonnances ce texte protecteur de la dignité et de l'honneur des familles.

Digitized by Google

ne se trouve plus dans le Code Henri, qui ne laisse subsister que la prohibition générale « aux advocats, procureurs d'allé-» guer ou proposer usages contraires, et aux juges de recevoir » aucune personne à alléguer, proposer ou dire le contraire. » La royauté qui a renversé la féodalité entend désormais ramener les parlements à leurs seules fonctions judiciaires.

Quelquefois les changements ne sont que dans la forme, c'est ainsi que l'édit des secondes noces de juillet 1560 est reproduit en entier, mais avec une division en articles, qui en rend la lecture plus facile.

Il arrive quelquefois que la copie de l'ancienne ordonnance est textuelle, sans changement apparent, ce qui n'empêche pas l'addition : Henri III, 1585. Comment s'explique-t-elle? Probablement ce sont des articles tombés en désuétude ou mal exécutés que le rédacteur a voulu rajeunir par une sanction répétée. Cette marque d'insistance pour le maintien et l'observation du texte se produit surtout dans le cas où la jurisprudence était livrée à des hésitations. L'article 2 du titre 2 du livre VI en fournit la preuve; il est la copie littérale de l'article 44 de l'ordonnance de Blois qui défendait aux notaires de recevoir aucunes promesses de mariage *de présent*, *sous peine de punition corporelle*, dans le but de faire disparaître les contradictions de la jurisprudence. Certains jurisconsultes, en effet, leur donnaient plein et entier effet, indépendamment du mariage religieux; d'autres, s'appuyant sur le droit canonique, exigeaient en plus le sacrement. L'ordonnance de Blois n'avait pas mis un terme aux dissidences des parlements. Brisson insista sur cette disposition. Par l'addition des mots : Henri III, 1785, il répétait un principe mal affermi qui avait motivé un arrêt en robes rouges du parlement de Toulouse, rendu il y avait un an à peine pour maintenir les principes de l'ordonnance. Il avait décidé que la femme n'avait droit ni au douaire ni aux autres conventions et promesses faites par le fiancé, s'il n'y avait pas eu de sacrement. « Come a esté jugé, dit Charondas sur l'article 2, » livre VI, titre 2, par arrêt du parlement de Tholoze, prononcé » solennellement le 18 mai 1584 par ce très-excellent président » M. Dufaur et très-élégament et doctement récité par M. De-» maynard très-digne conseiller au parlement, livre IV, cha-» pitre 55 de ses nobles questions, lequel pour sa probité et » doctrine j'estime beaucoup. »

Digitized by Google

Une troisième manière d'intituler les articles du Code est celle-ci : Henri III, 1585 ou 1586. Cette mention, quand elle est seule, indique un texte non encore promulgué, une addition législative.

Je trouve la justification de ce système dans un passage de Loyseau qui est un trait de lumière pour reconnaître les textes nouveaux de ceux copiés dans la législation. Voici, en effet, ce que dit l'auteur des *Offices* au n° 52 de son chapitre 8, livre I, où il traite des épices des magistrats : « Et combien que dans le » Code Henry, livre V, tiltre dernier, se trouve une ordonnance » que les espices doivent être payées, nonobstant l'appel, sauf » au condamné à se plaindre de l'excez par devant le juge » supérieur, si est-ce qu'il faut noter, ce n'est pas une vraye » ordonnance, ains une addition de M. Brisson, qui espéroit » faire confirmer et homologuer son Code par lettres du roy et » vérification du parlement, ce qui n'a esté faict : et sous cette » espérance, il s'est advantagé d'y mettre plusieurs additions » à la façon de Tribonian, qui se discernent par l'intitulation » de l'article, où il met tousiours ces mots, quand il y a quelque » décision nouvelle, Henry III, 1585, qui estoit l'année en » laquelle il espéroit obtenir cette homologation. »

La remarque de Loyseau doit être rectifiée en un point secondaire ; l'article 6 du titre 21, livre V, n'était point une *addition*, une disposition nouvelle, à proprement parler, mais plutôt l'article 44 de l'ordonnance de 1510 [1] ; seulement, Louis XII n'avait rendu l'ordonnance que pour le parlement de Toulouse, Brisson en généralisait l'application.

Cette observation faite, le passage de Loyseau nous apprend deux choses : la première que la date de 1585 indique une disposition nouvelle ; la seconde que la date écrite était celle de l'année où Brisson espérait obtenir l'homologation des modifications qu'il avait apportées.

Si l'on considère que la mention : Henry III, 1586 se rencontre aussi souvent que celle-ci : Henry III, 1585, on sera convaincu, en se rappelant la réflexion de Loyseau, que des additions et des changements ont eu lieu ces deux années, et que c'est pendant ce temps que Brisson travailla à sa *tant belle œuvre* [2] pu-

[1] Isambert, t. XI, p. 594, recueil des ordonnances.

[2] On raconte qu'au moment où les ligueurs allaient le prendre, il réclama de ses bourreaux la faveur d'être enfermé en quatre murs pour achever une

Digitized by Google

bliée seulement en 1587. Comment expliquer que tous les auteurs modernes[1] aient écrit que le Code fut achevé dans trois mois? Ne serait-ce pas plutôt deux ans qu'il faudrait dire? Et les trois mois n'auraient-ils pas alors été employés à un simple travail de révision et de coordination? Je serais d'autant plus disposé à le penser que, dans les mêmes titres, ces deux dates se rencontrent alternativement, et que pour obtenir ce résultat, il a fallu mettre en ordre des notes prises à des époques différentes qu'il nous est facile de préciser par ces mots du Code : Henry III, 1585, ou Henry III, 1586, puisque, d'après le témoignage formel de Loyseau, cette rubrique indiquait l'année « *en laquelle il espérait obtenir cette homologation.* » De plus, les modifications introduites dans le Code finissent toutes avec 1586, et ce n'est qu'en mai 1587 que le projet a été publié. Ce retard de quelques mois entre la confection du travail et sa publication, s'explique par la nécessité d'une mise en ordre qui, plus tard, aura été considérée comme l'œuvre même.

Henri III loue dans ses lettres le rédacteur de sa *dextérité et diligence* : mais de là à un travail qui n'aurait duré que trois mois, il y a loin, et quand on considère la longueur des recherches qu'il fallait faire, les autres occupations de Brisson, le roi ne pouvait-il pas féliciter l'auteur dont le travail n'avait duré que deux ans, *de sa dextérité et diligence*[2] ? Qu'il me soit permis

tant belle œuvre. N'était-ce pas son Code qu'il regrettait de laisser inachevé? Je le croirais, car il paraît que le Code Henri devait être suivi d'un autre ouvrage que Brisson regardait comme le complément de sa collection d'ordonnances. Pasquier dit en effet, dans sa lettre à Brisson, après avoir parlé du douaire coutumier : « S'il y faut quelque réformation, je l'attends principalement de vous, qui outre ce beau Code Henry, que bâtissez, couvez » encore en vostre esprit, un recueil de toutes les belles décisions que pensez » appartenir au palais. » Liv. IX, lettre 1re.

[1] V. *Biographie universelle* de Michaud, v° *Brisson.* — Article de M. Nicias-Gaillard, *Revue critique de législation*, premier numéro de 1854, p. 45. C'est sur la foi de ces auteurs que j'ai répété ce fait. — V. mon *Précis historique*, p. 544.

[2] Je trouve encore une preuve de ce que j'avance dans un passage *du discours sur la mort de M. Brisson*, où l'auteur s'étonne que l'ouvrage ait pu être terminé en 1587 : « N'eut-on pas pensé qu'au milieu de tât d'affaires » d'Estat desquelles il estoit chargé, comme celui sur lequel on se reposoit » du tout, il eust oublié ses muses. Nò, non, il desroboit les nuicts au » public, pour les donner au public, l'utilité duquel, et le prouffit, il se » mettoit tousiours devant les yeux. Il employa ses veilles en la composition » de ce tant admirable ouurage *De formulis*, qu'il fit imprimer l'an 1583,

Digitized by Google

de faire remarquer encore que l'absence à peu près complète d'ordonnances, édits, déclarations, etc.[1] sur les matières traitées dans le Code Henry, pendant les années 1585, 1586 et 1587 vient à l'appui de mon opinion. A quoi bon publier des ordonnances sur des matières qui étaient l'objet d'une révision générale et qu'on s'attendait à voir ériger en lois dans un délai fort restreint? Il suffisait de décréter quelques actes législatifs que l'urgence ne permettait pas de différer, et c'est ce qu'on fit.

En résumé, outre les anciennes ordonnances copiées textuellement ou dont la rédaction seule était revisée et celles qui étaient modifiées dans leurs dispositions, modifications que l'on reconnaît à l'addition « Henri III, 1585 ou 1586, » mise à la suite de la date première de l'ordonnance, il y a les innovations proposées par le compilateur, innovations que l'on reconnaît facilement à l'*intitulation unique* : Henri III, 1585 ou 1586.

Mais à quelles sources le rédacteur les avait-il empruntées? A quels besoins répondaient-elles? Eurent-elles une influence quelconque sur les destinées du droit?

L'ancien avocat général du parlement de Paris[2] joignait à une

» œuure qui véritablement sent son huile : œuure qui ne montre rien de pré-
» cipité, ains toute maturité. Le roy dernier deffunct, de très heureuse mé-
» moire, et tout son conseil le choisirent entre tant d'hommes de la
» France, comme le plus capable pour rédiger, à la façon du Code Justinian,
» les ordonnances de nos Rois, ce qu'il exécuta seul, sâs aide, si prompte-
» ment qu'en l'an 1587 il feut imprimé. Il n'eut plus guere de repos ez
» années suivâtes. » (*Discours sur la mort de M. le président Brisson, ensemble les arrets donnez à l'encontre des assassinateurs.* — Ces pièces sont précédées d'une requête adressée au parlement par sa veuve Denise de Vigny, édition de Claude Montr'œil et Jean Richer. 1595.)

Brisson était doué d'une grande facilité à faire toutes choses. Loysel en *son dialogue des avocats* dit qu'il était « d'un travail si infatigable qu'il eut » fait à lui seul plus que trois des plus suffisants hommes de son temps » n'eussent peu faire dans les lettres, les procès et dans toute sorte d'affaires. » Et Scevole de Sainte-Marthe disait à propos de la commission que lui avait donnée Henri III : « *Unum maximè inter togatos idoneum indicavit, cui gra-* » *vem istum laborem committeret; quem tamen intrà paucos menses admi-* » *rabili celeritate perfecit.* » — Son admirable facilité n'a-t-elle pas été la cause unique de cette idée reproduite par plusieurs écrivains, et tout récemment dans la savante notice de M. Nicias-Gaillard (*Revue*, p. 57), que le Code fut achevé dans trois mois?

[1] Isambert, *Recueil des ordonnances*, t. XIV, depuis la page 594 à 604. Cette remarque acquiert de l'importance, surtout en comparant ces trois années avec les années précédentes du règne de Henri III.

[2] Il avait acheté une charge de président à mortier en 1580.

Digitized by Google

science profonde l'expérience d'une pratique éclairée, mais il n'appartenait pas à cette classe d'esprits ardents et novateurs qui fondent une législation sur un système préconçu, et qui méprisent le passé, trop confiants dans l'avenir que leur imagination a créé. Ce ne fut donc pas à des théories abstraites qu'il emprunta ses innovations, mais aux usages du palais, aux décisions des tribunaux et à quelques vieux monuments oubliés de notre Droit français. C'est ainsi qu'évoquant la disposition d'un Capitulaire de Charlemagne, rappelé dans un arrêt de règlement du 20 décembre 1572, il défend aux gens de la campagne et aux portefaix de travailler le dimanche[1]. Les articles 14 et 15 du titre 4, livre IX, sur *les criées* et *adjudications par décret*, reproduisent textuellement les modifications faites par le Parlement lors de l'enregistrement de l'édit de Henri II de septembre 1551; les changements écrits dans les articles 4 et 5 des Remontrances[2] ne faisaient pas, aux yeux de Brisson, partie de l'ordonnance, ce n'était que des *modifications adjoutées par les cours souveraines contenues en leurs registres, incogneues aux subjects;* aussi s'est-il contenté de placer en tête ces mots : Henry III, 1586.— L'article 3, titre 43, du livre X, relatif aux saillies sur la voie publique, est la copie textuelle d'un arrêt de règlement du parlement de Paris, du 16 juin 1554, qui complétait un mandement du 4 mai de la même année[3]. Plusieurs arrêts (comme ceux du 26 mars 1566; un autre de la Tournelle du 10 juin 1562), qui avaient prononcé des pénalités contre les messagers infidèles, ont été résumés dans l'article 8 du titre 24, livre III, du Code.

Quand les décisions de Brisson ne reposaient pas sur des arrêts de règlement, elles répondaient du moins aux besoins de la pratique, car on en voit plusieurs se transformer plus tard en arrêts de règlement. C'est ainsi que les articles 16 et 17 du livre X, titre 46, relatif aux donations entre-vifs et testamentaires au profit des communautés de pauvres, ont été reproduits avec quelques variantes insignifiantes dans deux arrêts de règlement[4], l'un de 1662, l'autre de 28 février 1785. De même, le titre 20 du livre III qui, dans ses articles 40-42, accorde aux

[1] Art. 4, liv. Ier, tit. 11.
[2] Isambert, *Recueil des ordonnances*, t. XIII, p. 221.
[3] Isambert, *Recueil des ordonnances*, t. XIII, p. 887.
[4] Isambert, *Recueil des ordonnances*, t. XXVIII, p. 14.

Digitized by Google

huissiers de la Cour le privilége de signifier les requêtes, arrêts de la Cour, et de les mettre à exécution, à l'exclusion des sergents, trouve sa confirmation dans l'arrêt de règlement[1] du 27 juillet 1785. Je ne puis passer sous silence les articles 8, 9, 10 et 11 du titre 10 du livre XI qui établissaient des règles *sur la librairie* et défendaient, sous peine d'amendes sévères, le trafic des livres vendus et rachetés aux écoliers, spéculation encore pratiquée par quelques commerçants peu scrupuleux. Le règlement du conseil sur la librairie de Paris, du 28 février 1723, qui a donné lieu à tant de controverses, même de nos jours, et dont quelques-uns réclamaient l'application[2], n'a fait que reproduire les dispositions du Code Brisson. Enfin, je citerai l'article 3 du titre 2 du livre IX, qui oblige les créanciers des mineurs à discuter le mobilier avant de passer aux criées des immeubles. Le texte n'est probablement que l'expression d'une pratique constante. La loi 15e au Digeste, § 2, *De re judicatâ*, imposait la discussion du mobilier avant la vente des immeubles dans tous les cas, que le débiteur fût majeur ou mineur, peu importait. L'article 74 de l'ordonnance de Villers-Cotterets (août 1539), prenant le contre-pied de la législation romaine, dispensait dans tous les cas « *de faire perquisition des meubles.* » La pratique avait sans doute jugé convenable de prendre un moyen terme et de placer les mineurs en dehors des dispositions de l'ordonnance, et le Code Henry consacra cette exception pleine de sagesse[3], écrite aujourd'hui dans l'article 2206 du Code Napoléon.

A côté de ces dispositions qui n'étaient que la reproduction d'arrêts de règlement ou l'expression d'une pratique non contestée, il y en avait d'autres qui décidaient des points encore controversés. C'est ainsi que l'article 27 du livre IX, titre 5, prononçait une amende contre les plaideurs, qui n'avaient appelé d'un interlocutoire que dans le but de retarder la solution du procès. En effet, Charondas, sous l'article 25 du livre IX,

[1] Isambert, *Recueil des ordonnances*, t. XXVIII, p. 70.

[2] Isambert, *Recueil des ordonnances*, t. XXI, p. 218.

[3] Pasquier, dans sa lettre à M. Brisson (livre IX, lettre 1re), le complimente sur la physionomie nationale qu'il donne au Droit français. « Il est désormais » temps, ajoute-t-il, qu'ostions cette folle appréhension qui occupe nos » esprits, par laquelle mettons sous nos pieds, ce qui est du vray et du » naïf droit de la France, réduisant tous nos jugements aux jugements des » Romains. »

Digitized by Google

titre 5, dit à propos de ce texte : « J'ay veu donner un arrest » conforme à cet article en l'audience du 13 juin 1560. .. et par » adventure cet article est fondé sur cet arrest et autres sem- » blables. »

Dans d'autres circonstances les innovations étaient plus radicales; car les jurisconsultes qui publièrent des éditions successives supprimèrent grand nombre de ces textes intitulés *Henri III* 1586, comme, par exemple, tout ce qui avait rapport à l'exécution des arrêts de la Cour, articles 5-20, livre II, titre 28. Mais aussi d'autres dispositions nouvelles furent maintenues dans ces éditions, comme étant l'expression de la pratique judiciaire; souvent même les éditeurs prenaient soin de les commenter. (V. Charondas, liv. 20, tit. 39.)

On comprend donc comment ce Code, qui n'était qu'un projet destiné à recevoir les observations des parlements, et qui n'a jamais eu de force législative, a pu être souvent cité par les auteurs même d'une époque éloignée de la date de sa rédaction [1], et comment des travaux spéciaux ont été entrepris pour en faciliter l'intelligence.

Malgré certaines erreurs [2] et des défauts de méthode, l'ensemble offrait un recueil qui répondait assez bien aux besoins de l'époque. Les grands principes de droit ecclésiastique, de droit public, étaient exposés avec ordre; mais les règles de droit privé se restreignaient à quelques dispositions puisées dans les ordonnances, laissant en quelque sorte aux coutumes le monopole de cette partie importante de la législation. La dénomination pompeuse de Code convenait-elle à la compilation de Brisson? n'était-ce pas plutôt un recueil méthodique d'ordonnances décrétées et d'ordonnances à promulguer?

Un Code véritable eût exigé ce travail complet que nos législateurs modernes ont pu seuls mener à fin; il eut dû présenter tous les principes fondamentaux du droit civil, de la procé-

[1] Bretonnier, *Questions de droit*, v° *Substitutions.*

[2] La chronologie surtout y est mal observée; des ordonnances de 1319 sont attribuées à Charles VI au lieu de Philippe VI; ce n'est que le 16 septembre 1380 que Charles monta sur le trône.— On trouve encore des erreurs analogues à celle-ci : ordonnance de 1525, c'est ordonnance de 1535. — C'est à une erreur analogue que j'attribue la date de 1583 en tête de l'art. 11 du liv. VI, tit. 4; c'est plutôt 1585, car ce serait le seul cas où il y aurait Henri III, 1583. La même rubrique contient une autre erreur, car elle porte : *Charles VII, Paris, novembre* 1540 au lieu de 1441.

Digitized by Google

dure, du droit répressif, de manière à mettre dans les mains du jurisconsulte le seul livre officiel qu'il eût à consulter. L'idée de réunir des lois relatives à l'administration générale était heureuse, mais d'une difficile exécution, devant laquelle nos législateurs modernes ont peut-être à tort reculé; seulement le droit administratif eût demandé un Code particulier.

Mais au XVIe siècle, c'est-à-dire à cette époque où les jurisconsultes par leurs ouvrages imprimaient un aspect exclusivement national au droit qui régissait la France, à un moment où le travail de création commençait, était-il donné à un homme, quelque éminent qu'il fût, de réaliser cette œuvre gigantesque? Le temps n'était pas encore venu; on ne pouvait que former ce vœu d'un éminent jurisconsulte : « Qu'il plaise à Dieu d'envoyer » un prophète en Israël, c'est-à-dire un chancelier qui ait toutes » les qualités nécessaires à un bon législateur, la droiture du » cœur, les lumières de l'esprit, un jugement solide et un dis- » cernement exquis, une profonde connoissance du droit ro- » main et de la jurisprudence françoise, une longue expérience » des affaires de la judicature, qui n'ait d'autre vue, d'autre » intérêt, d'autre passion que l'amour de la justice et du bien » public[1]. »

Ce vœu souvent renouvelé ne fut point accompli. La volonté de nos rois, les efforts des Colbert et des Daguesseau ne firent pas défaut, mais les événements politiques entravaient leurs généreuses tentatives. Il fallait des siècles de travaux incessants, une révolution sociale et l'irrésistible impulsion d'un homme de génie, pour doter la société moderne de cet admirable monument qui fait l'orgueil de la France, l'admiration et l'envie de l'Europe.

JULES MINIER.

[1] Bretonnier, *Questions de droit*, préface, p. CIII. — Ce jurisconsulte était vivement attaqué par les hommes attachés aux usages anciens, mais d'autres aussi défendaient avec ardeur la cause de l'uniformité de législation. — V. un discours sur *la nécessité de fixer la jurisprudence par des lois de* Prévost de la Jannès, conseiller au présidial d'Orléans et professeur de droit en cette ville, placé au commencement de son livre intitulé : *Principes de la jurisprudence françoise*, édition de MDCCLIX.

Digitized by Google

DE LA PUBLICATION DES FAUSSES NOUVELLES OU PIÈCES FAUSSES.

(ARTICLE 15 DU DÉCRET DU 17 FÉVRIER 1852.)

Par M. AMB. VENTE, substitut à Beauvais.

(*Suite*[1].)

SECTION II.

La mauvaise foi est-elle toujours une condition essentielle du délit?

36. La réponse à cette question nous semble écrite dans la loi même. L'article 15 punit le fait simple de publication ou reproduction de fausse nouvelle ou pièce mensongère, d'une amende de 50 à 1,000 francs. Si la publication a lieu de mauvaise foi, la peine est d'un mois à un an d'emprisonnement, et d'une amende de 500 à 1,000 fr. Il résulte bien évidemment de cette double disposition que la mauvaise foi n'est point une condition essentielle du délit, qu'elle en est seulement une circonstance aggravante. M. Morin paraît aussi le penser, car il dit[2] que « l'absence de la mauvaise foi peut encore laisser subsister » un fait punissable. » Mais plus loin il ajoute : « Ce que la loi » veut punir à défaut de mauvaise foi, c'est une grave inexacti- » tude *sciemment ou volontairement commise*... Si elle n'exige » plus la mauvaise foi ou l'intention coupable dans ses rapports » avec les conséquences naturelles de la fausseté propagée, au » moins doit-elle vouloir que le publicateur ou reproducteur de » la nouvelle ou de la pièce inexacte *ait su* qu'elle était fausse » ou altérée, *ait voulu* accréditer une chose mensongère... L'in- » fraction n'est donc point une simple contravention matérielle, » ne comportant jamais de justification ou excuse, dès qu'il y a » fait personnel ou négligence. C'est un délit intentionnel, un » fait coupable dont les conditions essentielles sont qu'il y ait » *fausseté connue et volonté de la propager.* »

Je ne puis m'expliquer cette contradiction du savant avocat, qui admet le principe pour le contester dans son application la plus immédiate, la moins contestable. Si la mauvaise foi n'est pas essentielle pour constituer un fait punissable, comment

[1] V. *suprà*, p. 14.
[2] *Journal de droit criminel*, 1853, p. 235.

Digitized by Google

peut-on exiger que l'auteur de la publication ait su qu'il publiait une fausse nouvelle, ait voulu accréditer une chose mensongère? Est-ce que cette circonstance ne constitue pas précisément la mauvaise foi? Les mots manquent pour discuter l'opinion contraire.

37. Ce n'est point à dire pour cela que nous fassions, comme le prétend M. Morin, une contravention purement matérielle de la publication de fausse nouvelle, et qu'il n'y ait en cette matière ni justification ni excuse possible. Non; c'est bien un délit que la loi veut atteindre, c'est-à-dire un fait coupable volontairement commis. Mais ce délit n'appartient pas à la catégorie la plus ordinaire des délits. Ceux-ci sont de deux sortes : les uns incriminés à raison de l'intention qui les dicte, les autres à raison du préjudice qu'ils ont causé ou ont pu causer. Pour ceux-là, il n'y a ni crime ni délit, s'il n'y a non-seulement volonté d'agir, mais encore conscience du mal qui va s'accomplir, intention coupable, frauduleuse, mauvaise foi. Dans ceux-ci, l'intention coupable n'est rien, puisqu'elle peut ne pas exister. La loi exige seulement que l'agent ait voulu agir, ait su qu'il agissait; mais elle n'établit aucune relation entre cette volonté et le caractère moral de l'acte.

La plupart des délits rentrent dans la première classe : le vol, le faux, etc...; mais quelques-uns appartiennent évidemment à la seconde. Tels sont : l'homicide et les blessures causés par imprudence. Tel est, suivant nous, le délit simple de publication de fausse nouvelle, et l'analogie va nous paraître sur ce point aussi complète que possible. Prenons un exemple. Sur une route, je lance mon cheval à toute vitesse; rien ne m'empêche, ni loi ni règlement de police. Mais en le forçant ainsi, je renverse un enfant. Si l'enfant est blessé, j'ai commis un délit. Je suppose maintenant que mon cheval, au lieu d'être lancé par moi, a été effrayé par la chute d'une pierre à ses côtés. Il s'emporte, et dans sa course renverse l'enfant qui est blessé. Ai-je commis un délit? non. Cependant, dans les deux cas, le résultat est le même. D'où vient la différence? Ce n'est point du caractère moral de l'acte en lui-même, puisque lancer un cheval au galop est une action licite; ce n'est point non plus de la relation qui existe entre l'intention qui faisait agir et le résultat de l'acte, puisque je n'avais pas plus l'intention de blesser l'enfant dans le premier cas que dans le second. C'est uniquement parce que,

Digitized by Google

dans l'un, j'ai voulu lancer mon cheval, et qu'en le faisant librement, j'ai assumé sur moi la responsabilité d'un acte imprudent dont la loi incrimine le mauvais résultat, tandis que, dans l'autre, je n'ai point voulu accomplir cet acte.

38. Les mêmes principes doivent nous guider dans l'application du délit de fausse nouvelle. Publier une nouvelle est un acte licite en soi. Si la nouvelle est vraie, l'acte ne peut être recherché ; si elle est fausse, il devient punissable. Ainsi le veut la loi, à raison du dommage ou du trouble que cette circonstance peut occasionner, et dont nous assumons la responsabilité. Il n'est point nécessaire que l'auteur de la publication ait connu ce caractère de la nouvelle : sinon, il serait de mauvaise foi, et la loi fait de la mauvaise foi une circonstance non point constitutive, mais seulement aggravante du délit. Il suffit qu'il ait voulu publier la nouvelle, c'est-à-dire commettre l'acte que la loi incriminera plus tard par des raisons exclusives de toute question d'intention, de toute relation directe entre la volonté de l'agent et le caractère ou le résultat de l'acte accompli. Mais il faut en même temps que l'agent ait voulu publier; sans quoi il n'y aurait là qu'un acte qui lui serait complétement étranger, et dont les conséquences ne pourraient lui être imputées sans injustice. C'est en cela que le délit dont s'agit, comme les faits d'imprudence en général, diffère de la contravention et peut admettre certaines excuses fort légitimes. Il faut donc distinguer soigneusement la mauvaise foi de la volonté.

39. Si le tribunal de Nancy avait saisi cette distinction, il n'aurait pas eu besoin de recourir, dans son jugement du 26 mars 1853, aux moyens de droit les moins acceptables pour prononcer un acquittement que notre doctrine justifiait de la manière la plus complète et la plus simple en même temps. On en peut juger par les faits : Dans la matinée du 27 février 1853, les ouvriers du sieur Vaquer, imprimeur à Nancy, attendaient dans leur atelier l'arrivée du courrier de Paris retardé par les neiges. L'un d'eux, nommé Hiss, imagina, par forme de plaisanterie, d'exprimer à son camarade Breit que le retard du courrier était occasionné par une émeute à Paris. Breit étant sourd-muet, Hiss lui imprime sur un papier ces mots : « On se bat avec acharnement à Paris; la ville est à feu et à sang. » Hiss père, craignant l'effet de cette plaisanterie, fait signe à Breit qu'elle n'est pas vraie. Breit, incertain, se rend chez un sieur

Digitized by Google

Maugin, aubergiste, et lui montre, en présence de plusieurs témoins, le papier imprimé, pour s'enquérir de sa véracité. Hiss et Breit sont tous deux excellents ouvriers; ils ont les meilleurs antécédents et sont dévoués à l'ordre. Ils sont traduits devant le tribunal correctionnel de Nancy. Doit-on les condamner? non, évidemment. Mais pourquoi? Il n'était pas besoin, suivant nous, de recourir à toutes les subtilités de la logique pour motiver cet acquittement que l'équité commandait, que la loi autorisait, ni de s'évertuer, comme l'a fait le tribunal de Nancy, à démontrer contre l'évidence que le décret de 1852 ne s'applique qu'à la presse proprement dite. Qu'avait à faire ici toute cette fausse argumentation? La Cour de Nancy l'a très-bien dit[1], on devait acquitter « parce qu'il n'était pas établi que les pré-» venus eussent eu la volonté de publier la nouvelle d'une émeute » à Paris. » Et de fait, il n'y avait rien de plus à dire. M. Morin invoque cet arrêt à l'appui de son opinion. Mais nous tenons à constater que les termes mêmes de l'arrêt contredisent le parti qu'il en tire. Il résulte *à contrario*, et d'une manière non équivoque, que si Hiss et Breit eussent eu la volonté de publier cette nouvelle, même en la croyant vraie, la Cour les aurait déclarés coupables.

40. La doctrine que nous établissons ici a d'ailleurs obtenu l'assentiment de presque tous les tribunaux qui ont eu à l'examiner[2]. Je citais l'arrêt de la Cour de Nancy; la Cour de cassation l'a consacrée par un arrêt en date du 24 novembre 1853[3].

Je ne comprends pas comment M. Morin cite, comme étant favorable à son système, l'arrêt de cassation du 8 juillet 1853 dans une affaire Brodu[4]. Cet arrêt décide seulement, en droit, qu'une simple appréciation de faits ne peut constituer une fausse nouvelle; en fait, que l'arrêt, déféré à sa censure, ne spécifiant pas les propos que le journaliste aurait attribués à un fonctionnaire public, il est impossible d'apprécier la nature et la portée de ces faits. Mais il n'est pas le moins du monde question, dans

[1] Son arrêt n'est rapporté nulle part *in extenso*. M. Morin en donne seulement le considérant, *loc. sup. cit.*

[2] On peut voir *contrà* : Tribunal de Rennes, 13 août 1853. *Gaz. des trib.*, 20 août. — Ce jugement a été confirmé par arrêt de la Cour de Rennes, du 2 septembre suivant. *Gaz. des trib.*, 6 septembre suivant.

[3] *Bull. crim.*, 1853, n° 555, p. 651.

[4] *Bull. crim.*, 1853, n° 348, p. 372.

Digitized by Google

cet arrêt, de la bonne ou de la mauvaise foi de l'inculpé.

41. M. Morin a encore cherché dans la comparaison des lois de 1849 et 1852 un point d'appui pour son système. Il ne pouvait méconnaître que le décret de 1852 eût innové sur la loi de 1849. Mais si l'existence de la mauvaise foi est à ses yeux une circonstance constitutive du délit sous l'empire des deux lois, en quoi eût consisté l'innovation? C'est, dit M. Morin[1], « que le » décret de 1852 n'exige plus la mauvaise foi dans ses rapports » avec la conséquence éventuelle de la fausseté propagée, ce » qu'exigeait la loi de 1849. Aujourd'hui, la loi n'exige plus » qu'une chose, mais elle l'exige, à savoir que le propagateur » ait voulu accréditer une chose qu'il savait mensongère. »

M. Morin oublie que cette distinction n'était déjà pas admise sous l'empire de la loi de 1849. Un arrêt de la Cour de cassation[2] décidait que, « d'après le texte de la loi de 1849, la mauvaise » foi ne se rattachait directement qu'au fait de publication ou » reproduction de pièces fausses... , et que par cela même elle » s'étendait aux conséquences éventuelles et possibles de la pu- » blication. » Or si déjà, sous la loi de 1849, on ne recherchait pas dans la mauvaise foi de la publication une relation directe avec les conséquences de cette publication, il faut en conclure que cette partie de l'argumentation de M. Morin porte à faux comme tout le reste du système.

42. A l'aide des principes que nous venons d'exposer, nous pouvons étudier quelques espèces qui ne sont point sans difficulté.

43. Il arrive tous les jours que la presse enregistre des nouvelles, les reproduit sous la foi d'autrui. Si la nouvelle est d'une vraisemblance qui a pu tromper, si elle provient d'une source digne de foi, si l'on a fait toutes les recherches possibles pour s'assurer de son exactitude, et que, malgré toutes ces garanties, elle se trouve fausse, ces circonstances peuvent-elles servir d'excuse à la publication[3]?

En principe, non; car elles ne tendent qu'à prouver la bonne

[1] Morin, *loc. sup. cit.*, p. 236.

[2] Cité par M. Morin lui-même, *loc. sup. cit.*, p. 233. Cassation, 6 décembre 1850.

[3] Nous pensons que les considérations développées dans ce numéro et les suivants peuvent servir de réponse et satisfaire aux questions qu'adressait le journal *la Presse* dans son numéro du 10 octobre dernier.

Digitized by Google

foi du publicateur, bonne foi qui, nous le voyons, ne peut empêcher le délit d'exister. Cela ne peut être douteux quand la reproduction est faite sans indication des sources où la nouvelle est puisée, ou sans réserves de l'exactitude des faits, de la responsabilité du publicateur. La reproduire dans ces termes, c'est se l'approprier, la faire sienne, lui donner l'autorité de sa parole et de son crédit, c'est en assumer volontairement la responsabilité. On ne saurait non plus échapper aux conséquences d'une fausse publication, en se bornant à faire précéder la nouvelle de ces mots vagues : On dit..., on rapporte... Cette solution résulte clairement de l'avis communiqué aux journaux que nous avons rapporté en note sous le n° 16 de ce travail. Elle est en outre conforme à l'esprit de la loi ; en effet, ce n'est point dans la fausseté seule de la nouvelle qu'est le danger, il est encore et au même degré dans sa publication ; il se manifeste avec elle, et au moment même où elle s'opère. Le mal peut être irrémédiable, si la publication ne porte pas avec elle un correctif suffisant pour mettre le lecteur en garde contre le caractère et l'origine de la nouvelle. Or on ne peut sérieusement considérer comme tel l'emploi de ces vagues formules qui renvoient à tout et ne justifient de rien. Il ne faut pas craindre d'ailleurs que la rigueur de cette décision ne jette le trouble dans les compositions de la presse, car elle n'atteint, nous le verrons plus loin, que les nouvelles dont la publication peut nuire à quelque intérêt. Quant aux autres, la loi, et, dans le doute, la prudente réserve des magistrats, se gardent, on le voit chaque jour, d'en inquiéter l'inutile propagation.

44. Supposons maintenant que la nouvelle publiée soit précédée de ces mots : « On lit dans telle feuille... ; nous publions, mais sous toutes réserves... ; nous rapportons, mais sans vouloir en prendre la responsabilité... » Si la nouvelle ainsi publiée est fausse, la publication en sera-t-elle un délit ?

Nous ne le pensons pas. Interdire ces réserves à la presse, ce serait détruire une des conditions de son existence, qui est de faire les communications avec une rapidité nécessairement telle que le plus souvent elle rend impossible une enquête minutieuse sur l'exactitude des nouvelles. D'un autre côté, ces réserves mêmes indiquent suffisamment au lecteur qu'il doit se tenir en garde contre des informations encore suspectes ou incertaines, et, par là, elles préviennent jusqu'à un certain point

Digitized by Google

le danger que nous signalions plus haut. Ces considérations ne sont point les seules, et l'on peut encore, en se plaçant au point de vue purement juridique, raisonner ainsi : Qu'affirme le journal qui s'entoure de telles réserves? Que publie-t-il? Non point que la nouvelle est exacte, puisqu'au contraire il en prévoit et réserve l'inexactitude, mais qu'elle est rapportée dans telle feuille publique, ou qu'elle est répandue, mais comme un bruit douteux, ce qui est vrai. Il ne donne donc pas un avis faux, il ne fait pas un faux récit ; il ne publie donc pas une fausse nouvelle.

Nous opposera-t-on l'abus qu'on peut faire d'une excuse de cette nature? L'abus est possible, nous le reconnaissons ; mais il faut observer d'abord que cette excuse ne couvre que la reproduction de la nouvelle, et non la publication directe que la loi peut toujours atteindre[1], ensuite que les magistrats ont le droit incontestable de demander la justification complète des moyens qu'on invoque, la preuve que telle feuille citée a rapporté la nouvelle, ou que le propos a réellement circulé, ce qui leur permet toujours de surveiller l'emploi frauduleux qu'on voudrait faire de ces moyens, et de les réprimer.

45. Il est encore un cas que nous pouvons prévoir, et où la fausseté d'une nouvelle ne pourrait constituer un délit, encore bien qu'elle fût publiée sans réserve ni indication de la source où elle a été prise, si son origine était justifiée plus tard : c'est celui où la nouvelle reproduite et inexacte émanerait d'une source officielle. C'est en effet un principe de droit public autant que d'équité que l'irresponsabilité du Gouvernement ou de ses agents, lorsqu'elle existe, couvre non-seulement leurs actes, mais encore les suites qui en découlent naturellement. Il n'y aurait donc lieu de poursuivre la reproduction d'une nouvelle de cette nature que si le fonctionnaire qui l'a communiquée n'avait point qualité pour le faire, et si l'agent de la publication était de mauvaise foi ou commettait une très-grave imprudence en la reproduisant.

46. Voici une autre espèce digne aussi d'attention. Le maire

[1] Ainsi dans l'affaire Mondutaigny. Seine, 31 mars 1854 ; Paris, 22 juin 1854. — Le sieur Mondutaigny avait altéré une dépêche télégraphique sur les cours de la Bourse de Londres, qu'on avait ensuite publiée à Paris. Le sieur Mondutaigny, éditeur véritable de la fausse nouvelle, fut seul poursuivi. Ceux qui l'avaient reproduite ne furent pas inquiétés.

Digitized by Google

d'une commune de Singen rencontra dans un cabaret deux soldats bavarois qui lui dirent que les Français avaient essuyé une grande défaite en Orient. De retour dans sa commune, il rapporta ce qu'il avait entendu en ajoutant que cette nouvelle ne pouvait pas être vraie, ainsi qu'il l'avait déjà dit aux soldats étrangers, parce que le *Moniteur* n'en avait pas parlé. Publiat-il la nouvelle ? non ; car il ne la rapportait que pour la démentir, et il voulait précisément en empêcher ou prévenir la publication. Le tribunal de Wissembourg a cependant condamné le maire de Singen [1], mais à tort, suivant nous, car il nous paraît contradictoire de voir un fait de publication dans le démenti qu'on donne à une fausse nouvelle. On ne pourrait décider autrement que s'il résultait de l'examen de la cause que le démenti ainsi donné était, en réalité, une manière employée pour faciliter la propagation de la nouvelle en ayant l'air de la combattre. Mais, dans l'espèce que je rappelle, cette intention n'apparaît point de la relation que nous avons sous les yeux, et si elle eût existé, ce n'est point le délit simple de publication qu'il eût fallu poursuivre, mais bien *celui de publication faite de mauvaise foi.*

47. Que faudra-t-il décider dans l'hypothèse où la fausseté de la nouvelle publiée est le résultat d'un cas fortuit ou de force majeure ?

Il me semble évident qu'on ne peut l'imputer à l'agent de la publication. La force majeure est celle à laquelle on ne peut résister, soit de fait, soit de droit [2] : force majeure, si l'événement provient du fait de l'homme ; cas fortuit, s'il provient de Dieu, de la nature ou du hasard, suivant la distinction de l'École [3]. Or, aux yeux de la loi pénale, il n'y a ni crime ni délit lorsque, dans la perpétration du fait, le prévenu a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister (Code pénal, art. 64). Le fait du prince, la violence d'un plus puissant, sont des cas de force majeure [4] ; l'incendie, la mort sont des cas fortuits [5].

[1] *Gaz. des trib.*, 27 juin 1854.

[2] Dalloz, v° *Force majeure*, n° 1. — Baldus dit : « Accidens quod per custodiam, curam vel diligentiam mentis humanæ non potest vitari ab eo qui patitur. »

[3] Dalloz, *ibidem*, et les auteurs qu'il cite.

[4] D., *De reg. juris*, L. 24, *in fine*.

[5] *D.*, ff., *De incendiis*. — L. 5, § 4, *Commodati*.

Digitized by Google

48. Mais tout cas imprévu n'est pas un cas fortuit, car de ce qu'il n'a pas été prévu par celui qu'il a atteint, il n'en résulte pas que celui-ci n'eût pu le prévoir[1]. On peut donc se demander si, dans le cas où il aurait pu être prévu, l'accident devrait, en notre matière, être considéré comme une cause d'excuse. Prenons un exemple : En veillant à la composition d'un journal, le prote laisse involontairement tomber de la casse quelques mots importants qui changent le caractère de la nouvelle et, de vraie qu'elle était, la rendent fausse. Le gérant du journal devra-t-il être relaxé parce qu'il avait voulu publier une nouvelle vraie, et qui n'est devenue fausse que par un accident indépendant de sa volonté? La Cour d'Angers[2], dans une espèce tout analogue, a décidé que l'inexactitude ne constituait pas un délit, attendu que l'altération n'était pas volontaire. Cette décision est-elle fondée?

On peut objecter que si l'altération avait été volontaire, elle aurait constitué, non plus le délit simple de fausse nouvelle, mais bien celui de publication faite de mauvaise foi. Que fallait-il pour engager la responsabilité du publicateur? On l'a dit plus haut: qu'il voulût agir, qu'il sût qu'il agissait. Or ne savait-il pas qu'il publiait une nouvelle? Elle s'est trouvée fausse, qu'il en supporte les conséquences; d'ailleurs, peut-on ajouter, l'accident pouvait être prévu, et le cas fortuit n'existe que lorsqu'il n'y a pas faute de l'agent. Dans l'espèce, est-il possible de dire qu'il n'y ait point faute de sa part? Si l'imprimeur eût relu son épreuve, n'eût-il point reconnu qu'il y avait une altération sérieuse de l'original?

49. Quelle que soit la force de ces raisons, nous adoptons cependant l'avis contraire, mais par d'autres raisons que la Cour d'Angers. Sans doute l'agent de la publication a voulu agir, publier; mais s'arrêter là, ce serait, nous le craignons, s'arrêter à la superficie des mots. Au fond, de quelle nouvelle la loi veut-elle imposer la responsabilité? De celle que l'agent a voulu publier, qu'il a su qu'il publiait. Et quelle nouvelle ici a-t-il voulu publier? Une nouvelle exacte, vraie. C'est l'hypothèse. Or celle qu'il publie en fait n'est point celle qu'il a voulu publier; elle en est même le contraire.

[1] Dalloz, *ibidem*, n° 3.

[2] 29 juin 1853. Morin, *J. de droit crim.*, 1853, p. 237. Nous verrons plus loin les faits de l'espèce.

Digitized by Google

Ce qui fait le vice de l'argumentation que nous combattons, c'est que sa base est trop générale, trop absolue ; c'est qu'elle tient constamment écartés les deux termes de la proposition, la volonté générale d'agir et la volonté particulière de l'agent, sans comprendre que ces deux éléments de la poursuite doivent être rapprochés, pour mieux s'éclairer, pour se contrôler plus sûrement. Nous le disons encore une fois, pour qui veut scruter consciencieusement le fond des choses, ce n'est point une volonté générale et quelconque de publier que la loi veut atteindre ; c'est la volonté s'appliquant à l'acte particulier qu'on incrimine. Cette distinction est essentielle, parce qu'elle rétablit entre les prescriptions de l'équité et les principes de la loi leur véritable harmonie. D'une part, en effet, on ne pouvait renvoyer des poursuites l'agent de la publication à raison de sa bonne foi, puisque la bonne foi n'est point une excuse, nous l'avons vu, dans la publication de fausse nouvelle. D'autre part, poursuivre la publication altérée malgré même la volonté de son auteur, c'eût été dénaturer le caractère de l'incrimination, c'eût été substituer au délit une contravention contre le vœu évident de la loi.

Une seule objection nous avait un instant ébranlé. Admettre cette excuse tirée du cas fortuit ou de la force majeure, n'est-ce point ouvrir la porte à la plus complète impunité? Tout publicateur inculpé peut la produire et s'empressera de le faire. N'est-il pas à craindre que la loi éludée à l'aide de ce principe ne devienne bientôt illusoire? Danger réel, en effet, s'il incombait au ministère public de prouver que l'excuse assignée n'est point fondée. Mais tel n'est point l'état de la difficulté ; la preuve une fois faite que le prévenu est l'auteur de la publication, la présomption est qu'il a voulu la faire. On n'imprime pas sans avoir voulu imprimer. C'est donc à lui à justifier d'une excuse légitime[1]. Et c'est ici que le juge, toujours maître de sa conviction, peut déjouer tous les artifices de la défense, s'il a la saine intelligence des principes de la loi et des nécessités de

[1] Le principe que nous posons ici ne pourrait être développé sans inconvénient pour l'ensemble de ce travail. On peut consulter utilement sur ce point de l'administration de la preuve, le traité de M. Chassan, t. I, p. 17 à 33. — En sens inverse, on peut voir le *Traité de la preuve* de M. Mittermaier, ch. 18.

Digitized by Google

la répression, s'il a la ferme volonté d'assurer celle-ci, et de faire respecter celle-là.

50. Nous avons, en étudiant ces principes, concentré toute notre attention sur le délit de fausse nouvelle. Il va de soi qu'il faut les appliquer également au délit de publication de pièces fausses ou falsifiées ou mensongères attribuées à un tiers. Il n'y a aucune raison de distinguer.

SECTION III.

La loi punit-elle indistinctement toute espèce de mensonge ou d'inexactitude, sans en rechercher la nature, l'importance ou le caractère public ou privé?

§ 1. — *De la nature du mensonge ou de l'inexactitude.*

Nous avons, pour répondre à cette question, à nous demander ce qu'on entend par fausses nouvelles ou pièces fausses.

51. Occupons-nous d'abord de la fausse nouvelle. Tout fait ou toute allégation inexacts doivent-ils être compris sous cette dénomination? Nous ne le croyons pas.

Une nouvelle, c'est le premier avis qu'on reçoit d'un fait ou d'une chose récemment arrivés[1] Si cet avis est faux, la nouvelle est fausse. Toute autre chose qu'un avis n'est point une nouvelle.

52. Les détails qui accompagnent l'avis, les récits d'un fait, ne doivent être considérés comme constituant eux-mêmes une nouvelle, que s'ils tiennent dans le récit une place assez considérable pour que leur vérité ou leur fausseté puisse avoir une influence propre, une action directe sur l'esprit de la personne à laquelle ils sont rapportés. Ainsi, annoncer que nos troupes ont remporté une victoire, si le fait est vrai, ne deviendra pas un délit, parce qu'on aura à tort ajouté que le succès est dû à l'aile droite plutôt qu'à la gauche. Ce détail n'a aucune importance en lui-même, mais si l'on disait mensongèrement que, dans le cours de la bataille, nos soldats se sont montrés impitoyables, qu'ils ont massacré des ennemis désarmés et rendus, on verrait avec raison un délit dans la fausseté de cette allégation, qui pourtant ne serait, comme la première, qu'une circonstance accessoire, qu'un détail de la nouvelle véritable. Le bon sens suffit pour justifier ces propositions. Il ne faut donc pas poser en

[1] Dictionnaires de Rivarol, Landais, Bescherelle.

Digitized by Google

principe, comme l'a fait le tribunal de Poitiers[1], que l'exagération ou l'altération des circonstances accessoires d'un fait, ne peut *jamais* constituer un délit. Tout dépend, suivant nous, des circonstances qui doivent être appréciées à l'aide des principes que nous avons nous-mêmes établis.

53. On ne doit pas comprendre sous la dénomination de nouvelle, l'appréciation morale d'un fait; car apprécier un fait, c'est en estimer la valeur[2], le juger, mais ce n'est point en donner avis. M. Faustin-Hélie dit[3] : « La nouvelle est l'annonce » ou la narration d'un fait. L'appréciation est le commentaire ou » la critique de ce fait. La loi qui s'applique à l'un, ne s'appli- » que pas nécessairement à l'autre. » Nous trouvons sur ce point dans la jurisprudence de la Cour de Cassation un exemple d'autant plus utile à étudier que soumis par deux fois différentes à la Cour suprême, il a donné lieu à deux solutions, en apparence contradictoires, quoique parfaitement justes au fond.

Un sieur Parquin, protestant, habitant la commune de Cugaud, toute composée de catholiques, meurt le 30 juin 1852, au village de Huchelaep, où il avait fondé une manufacture. On voulut l'enterrer à Cugaud, dans la partie du cimetière non réservée aux catholiques. Mais la famille du défunt, n'ayant point trouvé cette place convenable, obtint du maire que le corps serait inhumé dans la partie bénite du cimetière, et le préfet de la Vendée, se fondant sur le texte du décret du 23 prairial an XII, approuva la décision du maire. Un grand concours de personnes, quatre ou cinq cents peut-être, assistèrent à l'inhumation qui eut lieu le 1er juillet 1852. Il y eut protestation de la part de l'évêque de Luçon. Le pays s'en émut. Le 13 juillet, le journal *l'Espérance du peuple* publia la narration des faits. Il était dit dans ce journal qu'il y a avait eu, à la vérité, un grand concours de personnes, mais que les habitants de Huchelaep n'avaient assisté à ces obsèques que parce qu'ils avaient eu peur, s'ils ne le faisaient pas, de perdre leur pain de chaque jour. C'était là l'appréciation morale, faite par le rédacteur, du motif qui avait déterminé les habitants à assister à cette cérémonie. On ajoutait que le préfet avait approuvé l'inhumation d'un protestant dans une partie du cimetière jusque-là consacrée aux

[1] Poitiers. *Le Droit*, 20 septembre 1854.
[2] Dictionnaires cités plus haut.
[3] *Revue de législation et de jurisprudence*, 1854, p. 242.

Digitized by Google

catholiques; qu'il avait déclaré que si on l'eût enseveli dans le terrain réservé pour les non-catholiques, il l'eût fait exhumer pour le transférer dans l'autre partie, et qu'il en serait de même s'il s'agissait d'un juif, parce que l'évêque pourrait rebénir le cimetière; que le gouvernement, consulté, avait indiqué cette marche comme la seule à suivre [1]. L'article ayant été déféré par le préfet à l'autorité judiciaire, le sieur Brodu, gérant, fut poursuivi à raison des divers délits qu'il comprenait, et notamment sous la prévention du délit de publication de fausses nouvelles.

Après divers incidents de procédure, Brodu, traduit devant le tribunal correctionnel de Rennes, fut condamné par jugement du 14 avril 1853 pour publication de fausses nouvelles, et sous ce chef, le jugement visa, sans les distinguer, tant l'appréciation faite par Brodu des motifs qui conduisaient au cimetière les habitants de la commune, que les actes et propos imputés au préfet : le jugement déclarant ces appréciations et imputations fausses et mal fondées. Sur l'appel de Brodu, le jugement fut confirmé par la Cour de Rennes. Pourvoi en cassation. Brodu propose deux moyens : 1° en ce qui concerne l'appréciation par lui faite des motifs qui ont conduit les habitants aux obsèques, cette appréciation ne peut constituer une nouvelle. Dès lors, en la supposant fausse et erronée, elle ne tombe pas sous l'application de l'article 15 du décret de 1852; 2° en ce qui concerne les actes et propos qu'il aurait faussement attribués au préfet, l'arrêt attaqué n'est pas suffisamment motivé, puisqu'il ne les spécifie pas, et les propos ne peuvent, dès lors, entrer dans les éléments d'appréciation sur lesquels la Cour aura à statuer.

La Cour accueille ces deux moyens, casse l'arrêt de Rennes, et renvoie devant la Cour de Caen pour être statué sur l'appel de Brodu [2]. Devant cette Cour, il n'est plus question du délit, en tant qu'il résulte de la fausse appréciation des motifs de la conduite des habitants, mais seulement des actes et propos attribués au préfet. Cette imputation reconnue fausse constitue-t-elle le délit de fausses nouvelles? Brodu soutient qu'elle n'est, après tout, que l'appréciation morale de l'intervention

[1] Pour l'exposé des faits, comparer les arrêts de cassation avec la narration de la *Gazette des tribunaux* du 9 juillet 1853.

[2] Cassation, 8 juillet 1853. *Bull. crim.*, 1853, n° 348, p. 372.

Digitized by Google

du préfet dans l'inhumation. Mais la Cour de Caen décide, au contraire, par arrêt du 8 décembre 1853, que les fausses imputations constituent non point une appréciation, mais l'annonce de faits faux, et par suite le délit de fausses nouvelles. Sur un nouveau pourvoi de Brodu, la Cour de cassation confirme cette décision par arrêt du 24 février 1854[1].

On le voit, sur l'exposé un peu long peut-être, mais nécessaire des faits et de la procédure, ces deux arrêts ne se contredisent pas. Maintenant, sont-ils fondés? Nous le croyons.

54. Dans le premier cas, la Cour décide que l'appréciation morale d'un fait par celui qui le publie, lorsque ce fait est vrai en lui-même et que l'appréciation n'en change pas le caractère, ne peut constituer une fausse nouvelle. Et cela est juste. Brodu, en disant qu'il y a avait un grand concours de monde à l'enterrement de Parquin, annonçait, racontait un fait, en donnait avis, publiait une nouvelle; et comme le fait était vrai, on ne pouvait pas dire que la nouvelle fût fausse. En ajoutant que cette foule n'avait assisté aux obsèques que parce qu'elle avait craint, si elle n'y assistait pas, de perdre son pain, il appréciait le motif qui conduisait les habitants de la commune. Il en faisait le commentaire, la critique. Il le jugeait faussement; mais ce n'était pas un fait dont il donnait avis. Il en eût été autrement sans doute, s'il eût articulé d'une manière précise que le préfet, par exemple, aurait intimé l'ordre aux habitants d'assister à la cérémonie. C'eût été là un fait, et un fait faux qu'il aurait porté à la connaissance du public; c'eût donc été, suivant notre définition, une fausse nouvelle. Il ne faut pas croire d'ailleurs que cette distinction laisse une porte ouverte à la mauvaise foi, et garantisse l'impunité du mensonge qui cherche à s'abriter sous la forme équivoque de l'appréciation. Les magistrats peuvent toujours déchirer le voile qui l'enveloppe, et atteindre la fausse nouvelle sous quelque forme qu'elle se produise, car il n'est jamais permis d'éluder les prescriptions de la loi en faisant indirectement ce qu'elle défend de faire directement[2].

[1] *Bull. crim.*, 1854, n° 52, p. 93.

[2] C'est ainsi que le tribunal de Die a vu avec raison le délit de fausses nouvelles dans ce bruit répandu que le choléra avait *pour cause* le poison que le gouvernement faisait jeter dans les fontaines, quoique ces mots *pour cause* donnent à l'allégation le caractère apparent d'une appréciation.— Die, 11 septembre 1854. *Constitutionnel* du 23 septembre.

Digitized by Google

55. On ne doit pas, enfin, oublier que la fausse appréciation peut encore constituer par elle-même un délit particulier, celui de calomnie, de diffamation, d'outrage à un fonctionnaire, suivant les cas. Seulement, elle ne constituera jamais, en tant qu'appréciation, le délit de fausse nouvelle.

56. Dans le deuxième cas, la Cour de cassation décide qu'il n'y a point appréciation morale de la conduite du préfet dans l'affaire, mais publication de fausses nouvelles. Cela est encore juste. Il y aurait eu appréciation si l'on avait soutenu que les actes du préfet avaient été dictés par tel motif, suivis dans tel but, parce que les actes étant posés comme accomplis, on en recherchait le caractère. Mais il n'en était pas ainsi dans l'espèce. Ce qu'on disait, ce n'était point que le préfet eût agi ou parlé par telle raison, dans telle intention, mais seulement qu'il avait dit telle chose ou fait telle autre, ce qui est bien différent. C'était annoncer, publier des faits, des propos, en donner avis; c'était publier une nouvelle. La nouvelle étant fausse, la publier constituait un délit.

La distinction peut être quelquefois délicate, parce que bien souvent l'appréciation d'un fait se confond avec sa relation. C'est à bien le saisir que doit principalement s'attacher le magistrat. La question ramenée à ces termes est toute de fait, non de droit.

57. Voyons maintenant ce qu'il faut entendre par Pièces fausses ou falsifiées, ou mensongèrement attribuées à un tiers.

Dans le sens de notre loi, une pièce est un écrit[1]. On ne peut en donner une définition plus exacte, puisque, dans le cas même où le faux original ne serait pas retrouvé, il est certain que l'impression n'est que la copie d'un manuscrit primitif.

La pièce est fausse, lorsqu'elle a été fabriquée tout entière. Elle est falsifiée, lorsque étant vraie par elle-même elle est seulement altérée dans quelque partie. L'*attribution mensongère* d'une pièce à un tiers n'implique en rien son altération partielle ou totale. C'est un mensonge qui porte non sur la sincérité de la pièce, mais sur l'indication de son auteur. L'application de ces principes soulève quelques difficultés d'appréciation que nous devons examiner.

58. Ainsi, quelques tribunaux paraissent avoir confondu ce

[1] V. les Dictionnaires cités plus haut.

Digitized by Google

délit avec la contravention qui résulte de l'article 19 du décret de 1852 relatif à l'interprétation des actes communiqués par un fonctionnaire.

Le préfet de la Sarthe avait requis l'insertion d'un acte officiel dans le journal *le Maine*. Le gérant inséra l'acte en supprimant deux mots importants. Il fut traduit devant le tribunal correctionnel sous la prévention de publication de pièces falsifiées. Sur l'appel, la Cour d'Angers écarta cette incrimination, et l'application requise par le ministère public de l'article 15 du décret de février 1852. Elle pensa que les faits constituaient une contravention à l'article 19 de ce décret qui prescrit l'insertion des actes officiels communiqués aux journaux par un dépositaire de l'autorité [1]. Sur le pourvoi formé contre cet arrêt la Cour de cassation a implicitement consacré cette appréciation [2]. Nous la croyons juste, en effet, mais il faudrait se bien garder d'en exagérer les conséquences, et de décider que le délit de publication de fausses pièces ne pourrait *jamais* résulter d'une insertion incomplète. La difficulté vient ici de ce que le même fait se prête à deux incriminations différentes. En n'insérant pas l'acte tel qu'il lui était communiqué, le gérant du journal contrevenait certainement à l'article 19 du décret. En supprimant de l'acte deux mots importants, il altérait l'acte non moins évidemment : il le falsifiait. L'une de ces qualifications devant nécessairement absorber l'autre, quant à l'application de la peine, puisque le même fait ne peut être puni de deux peines différentes et cumulées, laquelle devait-on choisir? La Cour d'Angers me paraît avoir bien compris le caractère du fait incriminé. La loi a voulu faire du refus ou de l'inexactitude de l'insertion une contravention. L'article 19 est précis sur ce point. Or qualifier le fait de falsification de pièces, c'était en dénaturer le caractère légal, c'était en faire un délit comportant, nous l'avons dit, certaines excuses possibles. C'est précisément ce que la loi n'a point voulu admettre en matière d'insertion d'actes officiels. L'importance de ces communications est telle que la moindre altération ou le moindre retard peuvent compromettre l'ordre public. Il ne doit être permis à aucun prix au

[1] Morin, *Journal de droit crim.*, 1853, p. 237. Arrêt du 27 juin 1853.

[2] Arrêt du 5 août 1853. *Bull. crim.*, 1853, n° 385, p. 426. — Le n° 387 du même Bulletin contient un autre arrêt rendu dans des circonstances identiques.

Digitized by Google

gérant d'un journal d'apprécier l'importance ou l'urgence d'une telle insertion, et la sévérité de la loi est d'autant plus juste ici, qu'en réalité le gérant n'a qu'un acte de surveillance bien facile à remplir. Aussi, l'article 19 qualifie-t-il positivement le fait de contravention, et tel en était le caractère légal sous l'empire des lois du 25 mars 1822 et 27 juillet 1849[1].

59. Devrait-on décider de même si l'altération de l'acte inséré était de nature à troubler la paix publique, ou faite de mauvaise foi? On entend bien qu'ici je ne parle pas de l'altération volontairement commise sur l'original même de l'acte communiqué, car cette altération pourrait, nous le verrons tout à l'heure, constituer le crime de faux, mais seulement de celle commise dans l'impression de la copie. Nous pensons que, dans ces faits nouveaux, le juge doit voir le délit de publication de pièces fausses ou falsifiées, faite de mauvaise foi ou de nature à troubler la paix publique.

C'est son droit de relever toutes les incriminations qui peuvent sortir d'un même fait. « L'accusation, dit M. Hélie, peut, sur un » même fait, multiplier les chefs, pourvu qu'ils soient contenus » dans la même action[2]. » Et M. Morin : « On doit préférer le » système de la législation qui, permettant au juge d'appliquer » au fait poursuivi la qualification et la peine quelconque qui » lui sont applicables, prohibe ainsi toute poursuite nouvelle[3]. » Cependant comme, en définitive, le juge ne peut frapper le prévenu que d'une seule peine, sur quel principe fondera-t-il son option? A peine égale, il doit préférer l'incrimination spéciale. Si les peines sont différentes, il choisira l'incrimination qui entraîne la peine la plus considérable. Ce n'est point dans le but inavouable d'aggraver la position du prévenu qu'on doit décider ainsi, mais parce que la raison le commande. Ce principe est celui qui déjà prévaut dans l'interprétation des lois, et il est juste de l'appliquer ici. De quoi se plaindrait le prévenu? N'est-il point responsable de toutes les conséquences de son fait? N'a-il point dû connaître également toutes les lois qui l'atteignaient? Décider autrement, ce serait accorder au gérant d'un journal un bénéfice qui n'est certainement point dans la pensée de la loi.

[1] Chassan, t. II, p. 192, n° 1416.

[2] *Théorie de l'instruct. crim.*, t. III, p. 615. — C'était aussi la loi romaine, C., L. 9, *De accusat.*

[3] *Répertoire de droit criminel*, v° *Chose jugée*, n° 26.

Digitized by Google

Elle s'est montrée plus sévère pour lui que pour tout autre. Elle lui impose des devoirs plus rigoureux, et l'on voudrait que dans les circonstances où soit le danger public, soit la mauvaise foi du délinquant exigent un redoublement de sévérité, elle se montrât plus indulgente pour lui que pour tout autre? Une telle décision contrarierait ouvertement le vœu du législateur. Il faut donc dire que toutes les fois que l'inexactitude commise dans l'insertion sera de nature à troubler la paix publique ou faite de mauvaise foi, elle constituera non plus la simple contravention prévue par l'article 19, mais le délit prévu par le § 2 de l'article 15.

Il n'y aurait pas lieu d'appliquer cette distinction au gérant d'un journal qui aurait inséré d'une manière inexacte un acte officiel dont l'insertion n'aurait pas été exigée de lui, mais qui reproduirait cet acte d'après l'insertion faite par un autre journal. A son égard, la contravention à l'article 19 du décret ne peut pas exister. Il ne peut y avoir, suivant les circonstances et les distinctions que nous avons nous-même relevées, que le délit de publication de pièces mensongères, simple ou aggravé des circonstances prévues par la loi.

60. Que devrait-on décider si le délinquant avait, non plus seulement publié une pièce fausse ou falsifiée, mais s'il l'avait lui-même fabriquée ou altérée?

Un arrêt de cassation du 12 novembre 1813[1] a décidé que l'impression d'une lettre faussement supposée écrite par un autre dans le dessein de le calomnier, constituait le crime de faux. M. Carnot[2] et M. Hélie[3], qui rapportent cet arrêt, paraissent adhérer à cette doctrine; mais elle est critiquée par le *Journal du Palais*[4] et par M. Chassan[5]. Elle a aussi été repoussée par le tribunal de la Seine dans le procès célèbre du journal *la France*, poursuivi pour avoir imprimé les fausses lettres imputées au roi Louis-Philippe. L'ordonnance de la chambre du conseil du 4 mai 1841 portait qu'il y avait supposition, mais non contrefaçon et fabrication des pièces publiées; que dès lors il n'y avait pas les éléments constitutifs du crime de faux. Nous le

[1] *Bull. crim.*, 1813, n° 247.
[2] Carnot, Code pénal, sur l'article 150.
[3] *Théorie du Code pénal*, 2e édit., t. II, p. 399.
[4] *Répertoire du Journal du Palais*, v° *Faux*, n° 390.
[5] Chassan, t. I, n° 489, et *Gazette des tribunaux*, 1er mai 1841.

Digitized by Google

pensons aussi[1]. Il suffit de parcourir les articles 146, 147 et 150 du Code pénal pour se convaincre que le fait dont s'agit ne rentre dans aucune de leurs énumérations. Sans doute, cette supposition de pièces est moralement un véritable faux, aussi coupable que les autres, et il peut être regrettable qu'il ne soit pas puni des mêmes peines. Mais le texte de la loi est trop précis pour qu'il soit permis d'y rien ajouter par voie d'interprétation.

Cette décision ne doit s'appliquer d'ailleurs que dans le cas où la supposition ou falsification de pièces se confondent avec la publication, ne font qu'un avec elle. « L'impression, dit un » auteur, n'est qu'une copie qui ne fait aucune foi par elle-même, » et ne dispense pas de recourir à l'original[2]. » « Il y a un men- » songe au lieu d'une contrefaçon[3] », dit M. Chassan. Que si l'on avait fabriqué un faux original, ou falsifié le véritable, le crime de faux pourrait alors se retrouver tout entier dans ces éléments.

61. Il est un dernier cas que nous voulons prévoir, quoiqu'il doive être nécessairement d'une application fort rare.

La partie publique ou privée qui rend plainte de la fausseté d'une pièce publiée, ou de l'attribution qui en est faite mensongèrement, doit faire la preuve de l'inexactitude contre laquelle elle proteste, et le prévenu est admis à faire toute preuve contraire. Il n'y a sur ce point aucune distinction à faire entre l'homme privé et le fonctionnaire public. En devrait-il être de même si la pièce fausse était attribuée au chef de l'État, ou si on lui imputait mensongèrement une pièce d'ailleurs véritable? D'une part, sa qualité suprême ne peut rien enlever aux droits du prévenu ni diminuer les garanties que la loi assure à sa défense; de l'autre, la personne de l'Empereur ne pourrait, sans un grand scandale, se commettre dans l'arène judiciare. Si l'attribution de cette pièce porte une atteinte quelconque à la Majesté Im-

[1] Cette opinion paraît être généralement suivie. Outre les autorités déjà citées, on peut voir un arrêt de la Cour d'assises de l'Isère, du 29 octobre 1841; *Gazette des tribunaux*, 7 décembre 1841. — M. Chassan rapporte aussi, n° 489, que telle est la jurisprudence anglaise, et que les publications de ce genre sont laissées par elle à la poursuite des parties, sans que le ministère public songe à y voir le crime de faux.

[2] *Journal du Palais*, v° *Faux*, n° 390.

[3] Chassan, t. I, n° 489.

Digitized by Google

périale, elle est une offense. La loi la suppose fausse nécessairement, fût-elle vraie. « C'est là une présomption *juris* et *de* » *jure*, une présomption d'ordre public et constitutionnel, qui » ne peut être renversée directement ni indirectement par une » autre présomption, pas plus que par aucune autre preuve » contraire... Il n'y a donc de preuve à faire ni de part ni d'autre. » Ce qui reste à examiner, c'est un délit d'offense. Que l'impu- » tation soit vraie ou qu'elle soit fausse, la nature du délit ne » change pas, c'est là un point de doctrine irréfragable[1]. »

Que si l'imputation ne porte point atteinte directement à la Majesté Impériale, la fausseté peut encore par elle-même suffire pour constituer le délit d'offense, car c'est toujours une irrévérence que d'exposer à la discussion la personne de l'Empereur à l'aide d'un mensonge. De plus, il est incontestable qu'ici le délit de publication de pièces fausses peut toujours être relevé. Mais comme, dans les deux cas, c'est la fausseté même de la pièce qui fait la base de l'incrimination, la difficulté restera la même. Comment la résoudre ? Nous pensons que les règles ordinaires sur l'administration de la preuve subsistent néanmoins. Il ne peut entrer dans l'esprit de la loi de condamner un prévenu pour un fait qui n'est pas démontré. Nous dirons seulement, encore comme M. Chassan dans un cas analogue[2] : « Reste à savoir si de pareilles poursuites sont convenables, et » si les magistrats chargés de diriger l'action publique n'agi- » raient point plus prudemment en laissant, suivant les circon- » stances, une telle publication sans poursuites. »

On doit comprendre que la distinction que nous établissons ici n'est point une pure abstraction. Elle a des conséquences fort importantes. Ainsi 1° tandis que l'offense à l'Empereur est punie d'un emprisonnement de six mois à cinq ans, et d'une amende de 500 fr. à 1,000 fr., outre l'interdiction des droits civiques, la publication simple de pièces fausses n'est punie que d'une amende de 50 fr. à 1,000 fr.; 2° si la publication doit amener la publicité, la notoriété publique, ce peut être par tous moyens quelconques même non publics. Au contraire, l'offense à l'Empereur doit avoir été commise publiquement par quelque voie que ce soit, il est vrai, et non plus seulement par celles énon-

[1] Chassan, t. I, nos 286, 286 *bis*, et t. II, n° 1804, à la note, tous les arrêts recueillis par l'auteur à l'appui de cette doctrine.

[2] Chassan, t. I, p. 113, note 3.

Digitized by Google

cées en l'article 1er de la loi de 1819, mais enfin publiquement[1]; 3° enfin le délit d'offense comporte, comme tous les autres, la discussion de l'intention, de la bonne foi du prévenu, tandis que celui de publication simple de fausses pièces existe indépendamment de la bonne foi.

On voit donc que lorsque le délit d'offense ne résulte qu'indirectement de la publication, et de ce seul fait que la pièce publiée se trouve fausse, il peut encore y avoir intérêt pour le prévenu à répondre de ce délit plutôt que de l'autre, malgré la différence des peines, puisqu'il peut s'en disculper par la question d'intention.

§ 2. — *De l'importance de la fausse nouvelle ou de la fausse pièce.*

62. Nous savons maintenant ce que nous devons entendre par fausses nouvelles ou pièces fausses. La loi en punit la publication lorsqu'elle a lieu même par la parole, même clandestinement, même sans mauvaise foi. Dispositions bien rigoureuses sans doute, mais que la licence des temps et l'abus affreux de lois plus libérales a rendues justes et nécessaires.

63. Devrons-nous aller plus loin encore, et dire que la loi punit indistinctement toute espèce de mensonge ou d'inexactitude sans tenir compte de leur gravité et de leur importance? Le tribunal de Nancy paraît le penser. « La loi, dit-il, est ab-» solue et son interdiction n'a point de limites. » Ce n'est point que le tribunal approuve cette rigueur, mais il s'en sert précisément comme d'un argument pour écarter l'application du décret à toute autre publication que celle faite par la voie de la presse, soutenant que dans le système contraire au sien « la rigueur des » termes du décret oblige d'atteindre toute nouvelle distinction » et d'ériger des faits dénués de tout intérêt en délits sévèrement » punis sans l'ombre de nécessité et contre toute raison[2]? » Cette exagération est condamnable. Pour être sévère, la loi n'est point tyrannique. Il ne faut pas, dans l'intérêt d'un système, prêter à la loi des rigueurs qu'elle n'a pas, ni la rendre odieuse pour la discréditer. Comme toutes les lois pénales, le décret de 1852 doit et veut seulement prévenir tout dommage possible,

[1] Art. 86 et 87 du Code pénal, modifiés par la loi du 15 juin 1853. — Collection Duvergier, 1853. — Rapport de la commission, p. 216, note 2.

[2] V. le jugement rapporté plus haut.

Digitized by Google

réparer tout dommage causé. Hors de là, il n'aurait plus de raison d'être. Il n'y a point de délit si le fait ne peut causer un préjudice matériel ou moral appréciable. C'est ce qu'a décidé en principe le tribunal de Nantes[1] dans un jugement que nous sommes heureux de pouvoir reproduire, parce qu'il donne au bon sens, à l'équité et à la loi elle-même une pleine et légitime satisfaction :

« Attendu, dit-il, qu'il est vrai que pour qu'il y ait délit dans » la publication d'une fausse nouvelle, il n'est plus nécessaire, » aux termes du premier paragraphe de l'article 15 du décret du » 15 février dernier, que la publication ait été faite de mauvaise » foi ou qu'elle soit de nature à troubler la paix publique; mais » que la portée du texte d'une loi pénale, si général et si absolu » qu'elle soit, doit trouver sa limite dans le bon sens et les prin- » cipes du droit criminel; que le propre des lois pénales est de » punir les actes nuisibles à la société ou à l'un de ses membres; » qu'en l'absence de tout dommage appréciable et même de tout » préjudice moral il ne se conçoit pas qu'il puisse exister un » délit; que la publication d'une fausse nouvelle qui est complé- » tement insignifiante ou qui, par sa nature, ne peut causer un » préjudice quelconque, ne saurait tomber sous l'application de » la loi pénale; qu'on peut ici, du moins par analogie, rappeler » la maxime : *Nullum falsum nisi nocivum.* »

64. Le gouvernement lui-même n'a jamais interprété autrement le décret de 1852. D'une part, on ne trouve dans aucune des nombreuses notes qu'il a publiées au *Moniteur* l'indice même d'une pensée contraire. Ce n'est que lorsque des nouvelles fausses d'un intérêt considérable ont circulé dans le pays que l'administration est intervenue pour les démentir et rappeler aux citoyens qu'une loi sévère en punissait la propagation. De l'autre, parmi les poursuites de ce genre intentées jusqu'à ce jour, — et j'en ai pu connaître le plus grand nombre, — je n'ai rencontré que celle portée devant le tribunal de Nantes qui reposât sur des faits jugés depuis véritablement dénués d'intérêt.

65. La seule difficulté consiste dans l'appréciation du préjudice matériel ou moral que pourrait causer la propagation du mensonge. C'est là une question toute de fait, abandonnée à la conscience du juge, et trop susceptible de varier au gré des cir-

[1] Nantes, 28 mai 1855. *Gazette des trib.*, 1er juin 1852.

Digitized by Google

constances pour que nous essayions de lui assigner des règles fixes. M. Chassan dit avec beaucoup de raison, en parlant de ce qu'on appelle les délits de la presse : « Si ces infractions sont » purement intellectuelles, si elles consistent principalement » dans l'impression que la société a éprouvée, il suit encore » de là que les délits sont essentiellement mobiles et variables. » Délits d'opinion et de circonstance, ils se trouvent soumis à » toutes les variations que l'opinion publique, plus mobile que » le roseau agité par le vent, imprime aux choses politiques. » Ainsi à la différence des infractions de droit commun qui ne » cessent pas d'être délits, quels que soient le temps et le lieu où » elles ont été commises, dans les infractions de la parole ou de » la presse, ce qui était mal hier sera innocent peut-être aujour- » d'hui, ce qui est danger dans un pays sera insignifiant dans » une autre localité. C'est donc l'état des esprits, les circonstances » politiques, les mœurs du pays, les croyances, les préjugés » même de la population qui doivent être appréciés pour déter- » miner l'une des conditions essentielles de ce délit pour lequel » il faut d'ailleurs, avant toutes choses comme pour les autres » délits, qu'il existe un danger social ou un dommage indivi- » duel, occasionné par le discours ou par l'écrit, quelles qu'en » soient la teneur et la nature[1]. »

66. Ces principes sont justes et ont été maintes fois appliqués par les tribunaux. Il ne faudrait point regarder comme contraires à la doctrine que nous exposons deux arrêts de la Cour de cassation du 5 août 1853[2], qui décident que le peu d'importance de certains mots supprimés dans l'insertion d'un acte officiel communiqué n'est point un motif qui justifie le renvoi des fins de la prévention. En effet, si les gérants des journaux poursuivis avaient été originairement inculpés de publication de pièces falsifiées, cette incrimination inexacte avait été remplacée depuis par celle de contravention à l'article 19 du décret de 1852, et sur ce point la Cour de cassation avait raison de décider comme elle l'a fait, puisqu'il s'agissait non plus d'un délit, mais d'une pure contravention.

[1] Chassan, t. I, liv. I, ch. 1, n° 26.
[2] *Bull. crim.*, 1853, n°s 385 et 387.

Digitized by Google

§ 3. — *Du caractère public ou privé de la fausse nouvelle ou pièce fausse.*

67. L'article 15 du décret de 1852 est toujours applicable, quel que soit l'intérêt lésé par la fausse publication, que celle-ci préjudicie à l'ordre public ou qu'elle ne nuise qu'à des intérêts privés.

La loi ne distingue pas et ne devait pas distinguer. Lorsque la pensée se manifeste par des actes ou par la parole, si ces actes ou paroles portent préjudice à autrui ou à l'ordre public, ils peuvent faire l'objet d'une punition légale[1]. Ce serait encore risquer de léser l'ordre public que de laisser sans protection tant et de si graves intérêts privés qu'une fausse nouvelle peut compromettre d'une manière irréparable. Ainsi de faux bruits semés sur une maison de commerce peuvent amener sa ruine. C'est aussi dans ce sens que le gouvernement a entendu que la loi fut appliquée, ainsi que l'atteste la note du *Moniteur* du 30 mars 1854, dont nous avons donné le texte sous le n° 18.

68. Il n'était point inutile d'établir ce point de doctrine, sinon parce qu'il est contestable, du moins parce qu'il a été contesté dans le jugement du tribunal de Nancy que nous avons rapporté plus haut. Nous trouvons parmi ses motifs celui-ci : « que le décret de 1852 ne peut s'appliquer au délit de la publication par » la parole, parce qu'il s'ensuivrait qu'un récit fait de bonne foi » n'importe où et comment, d'une nouvelle fausse d'un *intérêt* » *purement privé*, constituerait sans l'ombre de nécessité et » contre toute raison un délit sévèrement puni, conséquence qui » avertit suffisamment que le législateur, dans la défense qu'il a » faite de publier de fausses nouvelles, s'est arrêté sur la limite » *d'ordre public* auquel il voulait pourvoir. »

Ces considérations sont évidemment fausses. Elles sont contraires aux principes généraux du droit, et toute partie privée a, comme la partie publique, le droit de demander au décret de 1852 la répression des fausses publications qui peuvent lui nuire.

69. Le tribunal de la Seine et la Cour de Paris ont fait l'application de ce principe dans l'espèce que voici : un sieur G. de C., ancien notaire, avait, dans le prospectus d'un nouveau journal intitulé le *Courrier du Notariat*, annoncé des faits inexacts et

[1] Chassan, t. I, §§ 3 et 5, *passim*.

Digitized by Google

de nature à inquiéter les notaires sur la conservation de leurs charges. La nouvelle était fausse. Elle n'intéressait que la corporation des notaires. Elle était donc d'intérêt privé. Le sieur G. fut poursuivi et condamné à un mois d'emprisonnement[1].

SECTION IV.

L'article 15 du décret du 17 février 1852 permet-il d'admettre le bénéfice des circonstances atténuantes?

70. Il ne serait pas entré dans notre pensée que cette question pût faire difficulté, si nous n'avions trouvé un arrêt de la Cour impériale de Bordeaux[2] qui décide que le bénéfice des circonstances atténuantes n'est pas admissible dans le cas prévu par le décret du 17 février 1852. Voici sur quels motifs il fonde cette doctrine rigoureuse :

« L'article 463, dit la Cour, n'est par lui-même applicable » qu'aux délits prévus par le Code, tellement qu'à l'égard de » ceux que punissent des lois spéciales le législateur a toujours » eu soin d'insérer une disposition particulière quand il a voulu » en autoriser l'application. Il est bien vrai que le décret du » 11 août 1848 dispose par son article 8 que cet article 463 sera » applicable aux délits de la presse; mais d'abord, ce décret » n'est qu'une loi provisoire et de circonstance, ce qui résulte » de sa discussion; ensuite la généralité de ses termes ne peut » atteindre que les peines prononcées en cette matière par des » lois déjà existantes : elle ne peut pas s'étendre aux faits pré- » vus par des lois postérieures. Aussi la loi du 27 juillet 1849 » dispose-t-elle spécialement que l'article 463 du Code pénal » sera applicable aux délits prévus par cette loi, ce qu'elle n'au- » rait pas eu besoin de faire si l'article 8 du décret de 1848 eût » posé un principe absolu pour le passé et pour l'avenir. »

71. Nous ne contesterons pas le point de départ de cette argumentation. Il nous paraît certain, à nous aussi, que l'article 463 du Code pénal ne s'applique par lui-même qu'aux délits prévus par le Code pénal, et qu'à l'égard de ceux que punissent des lois spéciales, il ne peut être admis de circonstances atténuantes qu'en vertu d'une disposition particulière. Mais la Cour de Bordeaux va trop loin, suivant nous, lorsqu'elle refuse de voir dans

[1] *Gazette des trib.*, 7 août 1853.

[2] 24 novembre 1852. *Journal de droit crim.*, 1853, n° 5450, p. p. 34 et 35

Digitized by Google

l'article 8 du décret du 11 août 1848 une dérogation suffisante au principe qu'elle pose.

En admettant que cette loi soit transitoire, comme le dit la Cour de Bordeaux, encore faut-il dire qu'elle doit vivre jusqu'à la promulgation d'une loi organique sur la presse. Sa durée est donc indéterminée[1], et son maintien était formellement reconnu en 1849 lors de la discussion de la loi du 27 juillet. Elle a été de plus maintes fois appliquée depuis la promulgation de cette dernière loi[2].

72. Cette première objection écartée, est-il plus juste de dire que la généralité des termes de l'article 8 ne peut atteindre que les peines portées par des lois déjà existantes, qu'elle ne peut pas s'étendre aux faits prévus par des lois postérieures?

Le contraire seul est vrai. Puisque l'article 8 ne distingue pas entre les délits de la presse déjà prévus et les délits à prévoir, pourquoi distinguer? Nous trouvons dans l'étude historique de cet article 8 la condamnation la plus complète de ce système arbitraire.

L'article 8 n'existait pas dans le projet de décret[3]. Un amendement de M. Bourzat, représentant, en fut le premier germe. M. Bourzat demandait qu'on laissât au juge la faculté de n'appliquer que l'amende ou l'emprisonnement dans tous les cas où ces deux peines étaient prononcées par le *présent décret*. Le président de l'assemblée proposait cette autre rédaction : « L'ar- » ticle 463 du Code pénal est applicable aux délits de la presse. » L'assemblée s'étant prononcée pour cette rédaction, M. Bourzat insista pour qu'on dît alors : « L'article 463 est applicable aux » dispositions du *présent décret*. » Mais il ne put obtenir cette modification. Que conclure de là, sinon que cet article 8 est absolu dans sa généralité, et qu'il s'applique à tous les délits de presse sans aucune distinction. C'est aussi l'interprétation qu'il

[1] Chassan, *Supplément*, p. 44, 45, 85.

[2] Cassation, 15 novembre 1849. D., 49, 1, 300.— Morin, *Répertoire*, v° *Circonstances atténuantes*, n° 8.

[3] Voici ce que nous lisons au *Moniteur* du 12 août 1848 :

« *Le citoyen Président :* Je pense qu'il faudrait rédiger ainsi le deuxième paragraphe : « L'article 463 du Code pénal est applicable aux délits de la » presse. » (Oui! appuyé!)

» *Le citoyen Bourzat :* On pourrait dire : « applicable aux dispositions du » présent décret. » (Non! non!)

» L'amendement proposé par le président est adopté. »

Digitized by Google

a reçue dans l'assemblée législative lors de la discussion de la loi du 27 juillet 1849. M. Barrot, président du conseil, dit formellement qu'il était inutile de décréter l'application de l'article 463 du Code pénal aux délits prévus par cette loi de 1849, puisqu'elle avait lieu de droit, aux termes du décret du 11 août 1848 qui n'était pas abrogé. On peut objecter, il est vrai, que l'amendement de M. Émile Leroux, devenu le § 1er de l'article 23, fut voté malgré l'observation de M. Barrot, mais il fut voté à l'instigation du président de l'assemblée, qui dit : « Ce qui abonde ne vicie pas. »

73. Ainsi donc dans l'esprit des deux législateurs, les dispositions de l'article 8 du décret du 11 août étaient générales, absolues, engageant l'avenir comme le passé. Il ne faut point voir, soit dans l'article 23 de la loi de 1849, soit dans la loi du 10 juin 1853, qui permet l'admission de circonstances atténuantes même au cas d'offense envers l'Empereur, un argument *à contrario*, comme le pense l'arrêt de la Cour de Bordeaux. Ces lois, au contraire, démontrent que l'intention bien arrêtée du législateur a été de confirmer et d'étendre le principe qu'il avait admis. Dès lors il faudrait, pour refuser d'en faire l'application au décret du 17 février 1852, que celui-ci contînt une dérogation expresse.

74. Son silence, dit un arrêt de cassation[1], ne peut équivaloir à une pensée implicite d'abrogation, et doit au contraire être interprété comme une confirmation manifeste en cette partie de la législation antérieure.

Cet arrêt décide donc la question dans le sens que nous croyons pouvoir adopter[2]. La Cour de Rennes avait jugé de même par un arrêt du 15 mars précédent, et plusieurs tribunaux ont adopté cette jurisprudence.

Nous terminons ici l'examen des difficultés qu'a soulevées jusqu'à ce jour l'application du décret du 17 février 1852, et que les décisions de la jurisprudence ou l'analogie recommandaient

[1] Cassation, 28 avril 1854. *Bull. crim.*, 1854, p. 215, n° 126.

[2] Mais dans les premiers considérants, l'arrêt suppose que l'article 14 de la loi du 25 mars 1822 autorise l'application de l'article 463 du Code pénal à ous les délits commis par la voie de la parole. C'est une erreur. L'article 14 ne permet d'appliquer l'article 463 qu'aux seuls délits qu'il énonce, et parmi ceux-là il ne fait aucune distinction entre les modes de perpétration.

Digitized by Google

à notre attention. Ce travail, — avons-nous besoin de le dire, — n'a pas la prétention de s'imposer à la conviction du lecteur. Il n'est qu'une simple étude dont l'expérience et la réflexion peuvent sans doute modifier les conclusions. Des collègues bienveillants ont vu dans cette réunion de décisions judiciaires qui s'éclairent réciproquement et se commentent les unes par les autres, comme la base nécessaire de tout travail qui pourrait être ultérieurement tenté sur le même sujet. Cette considération nous a seule déterminé à publier cette étude que sa valeur intrinsèque, nous le reconnaissons, n'aurait pas suffisamment recommandée à l'attention publique. AMB. VENTE.

DE LA CODIFICATION GÉNÉRALE DES LOIS FRANÇAISES.

Par M. P. LABADENS, avocat à la Cour impériale.

Lex lux, et via vitæ. (PROV.)

A notre époque de rénovation universelle, au milieu des aspirations de la génération présente vers un idéal de perfectionnement que les leçons de l'expérience et les inspirations du génie tendent sans cesse à réaliser, il est une partie très-importante de nos institutions, qui, du moins sous le rapport de l'ordre ou de la méthode, demeure à l'état primitif et informe : c'est la législation qui n'a pas été comprise dans nos Codes. Disséminée dans le *Bulletin des lois*, enfouie sous des textes que le temps, les révolutions et les travaux successifs du législateur ont frappés d'abrogation, elle se dérobe non-seulement à une étude méthodique, mais aussi aux investigations que réclament tous les jours les nécessités de la pratique. Le mal est si profond sous ce rapport que, plus d'une fois, on a vu des magistrats, d'ailleurs très-éclairés et très-consciencieux, rendre des décisions directement contraires à des dispositions positives qu'ils n'avaient pu découvrir au milieu du chaos de nos lois non codifiées.

Il s'en faut bien, d'ailleurs, que les recherches, pour donner toute sécurité à celui qui s'y livre, doivent se borner au *Bulletin des lois* : un très-grand nombre de matières, on le sait, sont réglées, en totalité ou en partie, par d'anciennes ordonnances ou d'anciens règlements qui sont loin de se trouver dans toutes

Digitized by Google

les bibliothèques, et qui peut-être même n'ont jamais pénétré dans certains chefs-lieux d'arrondissement. — Ainsi l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681 est en vigueur. L'arrêt du conseil du 28 février 1723 régit encore sur quelques points la librairie et l'imprimerie. Jusqu'à la loi du 17 février 1859, c'était même une question vivement controversée que de savoir si l'amende de 500 francs, prononcée par ce règlement contre les libraires qui font leur commerce sans brevet, leur était encore applicable. La profession d'agent de change est soumise à l'arrêt du conseil du 24 septembre 1724. C'est dans le règlement du 28 juin 1728 que se trouvent les règles de la procédure suivie devant la Cour de cassation. Le privilége de la petite poste à Paris se fonde sur la déclaration du 8 juillet 1759. — Il serait superflu de pousser plus loin cette énumération, qu'on ne pourrait d'ailleurs rendre complète sans dépasser de beaucoup les limites dans lesquelles nous devons nous renfermer.

Ajoutons que chaque année, en augmentant le nombre des lois non classées, vient aggraver l'embarras des légistes en ce qu'elle rend leurs investigations plus laborieuses et plus incertaines. Aussi l'utilité de refondre notre législation ne semble-t-elle pouvoir être sérieusement contestée par personne. Toutefois, pour aller au-devant des craintes qu'un remaniement aussi complet de notre législation pourrait exciter, il nous paraît essentiel de faire remarquer qu'il ne s'agit pas ici de transformer nos lois en portant une main imprudente sur des textes dont l'expérience a prouvé la sagesse, mais seulement de les dégager des superfluités qui les dérobent en quelque sorte à nos regards; nous voulons donner à l'immense monument de notre législation ses formes vraies et la pureté de ses lignes, sans y apporter d'autres changements que ceux qu'un examen approfondi fera juger indispensables.

La mesure exacte de ce que nous désirons à cet égard se trouve du reste nettement indiquée dans l'exposé des motifs de la loi sur l'organisation municipale, soumise en ce moment aux délibérations du Corps législatif[1]; et le passage suivant que nous empruntons à cet exposé fera bien comprendre notre but : « Il » n'entrait pas, d'ailleurs, dans la pensée du gouvernement, y » est-il dit, que la loi nouvelle fût une réforme radicale de nos

[1] Depuis que ces lignes sont écrites, la loi a été votée.

Digitized by Google

» institutions municipales, une telle réforme ne lui a semblé » réclamée ni par les principes de la Constitution, ni par le vœu » public, ni par l'intérêt du service. Aussi, *à part un petit » nombre de dispositions nouvelles dont l'expérience a démontré » la nécessité,* le projet se borne-t-il *à coordonner, en les amélio- » rant, les dispositions de la législation antérieure,* qui, en ce » qui concerne l'organisation municipale, se compose princi- » paiement de la loi du 21 mars 1831, du décret du 3 juillet 1848 » et de la loi du 7 juillet 1852. — Voyons maintenant comment on peut étendre à la législation entière une donnée qui a paru judicieuse et utile pour les lois municipales.

Coordonner en les améliorant les dispositions de la législation antérieure, c'est en réalité les codifier, et c'est là précisément le travail que nous demandons pour l'ensemble de nos lois; nous voudrions que l'on continuât l'œuvre immortelle de la première période impériale.

Or la codification de nos lois civiles et criminelles a eu pour résultat de les simplifier au point d'en rendre l'étude attrayante, même pour les personnes qui ne sont appelées à les connaître ni par état ni par intérêt : elle ne pourrait donc que produire d'heureux résultats si elle était appliquée au vaste labyrinthe de notre législation *extra-codale.*

Mais par qui et de quelle manière doit s'opérer cette codification, comparable, à certains égards, à celle que l'empereur Justinien confia à Tribonien? — Plusieurs opinions peuvent se produire sur le mode d'exécution qu'il convient d'adopter; mais voici, quant à nous, le plan d'organisation assez simple qui nous paraîtrait devoir être suivi.

Afin de détourner le moins possible le conseil d'État de ses travaux habituels, il serait convenable, à notre avis, de former une commission de jurisconsultes, assez dégagés de préoccupations et de devoirs professionnels pour se dévouer exclusivement à leur tâche. Nous pensons aussi qu'ils devraient être assez nombreux pour qu'à l'aide de la division du travail, ils pussent arriver au terme de leur révision dans deux ou trois ans au plus.

La première opération de la commission devrait être de classer nos lois par ordre de matières ou par Codes. Ainsi elle formerait probablement *un Code administratif,* comprenant toutes les lois relatives à l'administration; *un Code de l'armée de terre et de mer,* renfermant tous les textes qui concernent

Digitized by Google

leur organisation, leur discipline, les récompenses dues à leurs services; *un Code des finances*, dans lequel devraient être rassemblées toutes les dispositions législatives concernant les revenus de l'État, leur mode de perception, les agents qui sont chargés d'en préparer ou d'en opérer le recouvrement, etc., etc.

Dans cette division, comme dans presque toutes les classifications, il y aurait inévitablement un peu d'arbitraire; mais, quelque grand qu'on pût le supposer, il ne pourrait jamais présenter des inconvénients comparables à ceux résultant du désordre complet qui caractérise l'état actuel de nos lois non codifiées.

Après cette répartition préliminaires de matières, la commission se subdiviserait en autant de sections qu'il y aurait de Codes à former, et chacune d'elles s'appliquerait à coordonner les lois de la matière spéciale qui lui serait confiée, élaguant les dispositions qui lui paraîtraient abrogées et indiquant avec la plus discrète réserve les améliorations qui lui sembleraient nécessaires.

A la suite de chaque Code et pour le compléter, il conviendrait, ce semble, d'ajouter les dispositions purement réglementaires qui ont pour objet d'en assurer l'exécution.

Lorsque ce travail serait achevé, il serait soumis au conseil d'État, et, après sa révision, définitivement consacré, en ce qui touche les lois, par le pouvoir législatif, quant aux règlements, par le pouvoir exécutif.

Sans doute, les modifications que chaque année voit naître viendraient troubler ultérieurement l'ordre résultant de la codification; mais ce ne peut être là une objection. Depuis la création de nos Codes, ils ont plusieurs fois subi des changements qui n'ont jamais fait regretter les soins et le temps qu'a coûté leur rédaction. Pour rendre les innovations ultérieures aussi peu nuisibles que possible à l'ordre général, nous croyons, du reste, qu'à l'exemple des rédacteurs du dernier projet sur l'organisation municipale, il conviendrait de renoncer à cette formule qui, en général, laisse trop à faire à la jurisprudence et à la doctrine : *les dispositions contraires à la présente loi sont abrogées*. C'est là presque toujours un sujet immédiat de controverse qu'on éviterait en prenant le soin de rechercher et d'indiquer quelles sont les dispositions réellement contraires à la loi nouvelle. Ce travail, qui rentre dans la mission du législateur, lève-

Digitized by Google

rait tous les doutes et équivaudrait, dans une certaine mesure, à la continuation de la codification que nous appelons de nos vœux.

Ces vœux seront-ils écoutés? Il est permis de douter de leur réalisation immédiate. Mais l'avenir, en accumulant les difficultés qui naissent de la situation actuelle, rendra la nécessité de l'œuvre législative que nous signalons si impérieuse et si pressante qu'il deviendra impossible de s'y soustraire. En présence de cette échéance certaine, il nous paraîtrait judicieux d'aborder résolûment une tâche inévitable et de faire jouir notre siècle des avantages incontestables qu'elle doit produire.

P. LABADENS.

REVUE DES RECUEILS ÉTRANGERS [1].

Par M. Kœnigswarter, membre correspondant de l'Institut.

Kritische Zeitschrift fur die gesammte Rechtswissenschaft. Heidelberg, 1852-3, six livraisons. — (Suite.)

Les Lois sur la procédure orale et publique, par Korb. Berlin, 1852.

La Législation pénale actuelle de la Prusse, par C.-F. Muller. Berlin, 1852.

Le droit criminel réglé par le *Landrecht*, partie II, titre 20, fut modifié et complété dès 1805 par une ordonnance criminelle

[1] V. t. V, p. 579-596. — Les épreuves de ce dernier travail n'ayant pu être corrigées par nous, il s'y trouve de nombreuses erreurs typographiques dont nous corrigeons ici les plus importantes :

Page 580, ligne 11 : *Amdts*, lisez *Arndts*.
— 580, — 15 : *Marquadsen*, lisez *Marquardsen*.
— 580, — 16 : *Gagenstecher*, lisez *Pagenstecher*.
— 580, — 19 : *Privat-Docent*, lisez *Privat-Docenten*.
— 581, — 4 : *le Humboldt français*, lisez *le Haubold français*.
— 586, — 20 : *Germani*, lisez *Germanici*.
— 586, — 20-21 : supprimez les mots : *pensée que révèlent pour la France*.
— 586, — 21 : *Gingler*, lisez *Gengler*.
— 587, — 21 : *Labringue*, lisez *Zœhringue*.
— 590, — 2 : *droit national*, lisez *droit naturel*.
— 594, — 5 : *dates*, lisez *doses*.
— 594, — 18 : *destructeurs*, lisez *détracteurs*.
— 594, — 18 : *tombant*, lisez *tombent*.
— 594, — 38 : *Fentoburg*, lisez *Teutoburg*.

Digitized by Google

spéciale. Cet état dura jusqu'en 1846, quand la Prusse fut dotée de la procédure orale et publique en matière pénale; institutions qui furent établies et organisées par les ordonnances criminelles des 14 juillet 1846 et 3 janvier 1849. Dans la session de 1851-1852, les chambres prussiennes votèrent encore une loi modicative et complémentaire sur la procédure en matière pénale. Plusieurs autres lois spéciales, telle que celle du 21 mai 1852, concernant une haute Cour, espèce de tribunal suprême politique; celle du 22 mai 1852, sur la compétence des tribunaux, et quelques autres traitant de matières disciplinaires, etc., ont ajouté de nombreuses modifications qui compliquent la législation prussienne en fait d'instruction criminelle. Quant au droit pénal dans son sens plus étroit, il vient d'être fixé par le Code des peines du 14 avril 1851, qui, tout en amendant ses défectuosités, a pris pour base le Code français de 1810.

La Législation commerciale de la Grande-Bretagne comparée avec celles des autres nations commerçantes (*Commercial laws, its principles and administration; on the mercantile law of Great-Britain, compared with the Codes and laws of commerce*, etc.), par Leone Levi. Londres, 1850-2. 2 vol. in-4°.

Ce que feu Anthoine de Saint-Joseph a fait pour le public français, l'auteur a voulu le faire pour le public anglais, et quant à l'exécution matérielle, on pourrait jusqu'à un certain point adresser les mêmes critiques aux deux ouvrages : le reproche le plus mérité est que les deux auteurs n'ont fait aucune étude comparative, et se sont contentés de donner les matières à comparer.

Le travail de M. Leone Levi est divisé d'après un système très-rationnel des différents objets de la législation commerciale. Chaque matière forme un chapitre, qui porte en tête l'exposition du droit anglais et de celui des États-Unis de l'Amérique; ensuite les lois correspondantes des autres pays sont ajoutées en colonnes, comme dans la *Concordance* de Saint-Joseph.

Le mérite de l'ouvrage de M. Leone Levi consiste surtout dans la lumière qu'il jette sur la législation commerciale des deux grandes nations anglo-saxonnes; mais il a encore une tout autre portée, celle de préparer la voie à une législation commerciale universelle. C'est là la pensée qui a inspiré l'auteur, et qu'il a développée dans la préface et dans une lettre adressée au prince Albert, lors de la dédication de l'ouvrage.

Digitized by Google

La tendance à l'unité est celle de notre civilisation actuelle. Londres avait donné en 1851 l'exemple d'une exposition industrielle universelle, exemple déjà imité par Dublin, par New-York, par Munich, et que Paris, la vraie Rome des temps modernes, va suivre en ce moment, en dépassant toutes ses devancières. Cette grande idée du rapprochement de tous les peuples civilisés par les travaux de la paix, donne naissance à une foule d'idées et de combinaisons, toutes basées sur ce principe d'association universelle, ou pour mieux dire, d'unité. L'auteur du livre dont nous nous occupons proposa donc de convoquer à Londres un congrès auquel chaque capitale et tous les grands centres de commerce enverraient un banquier, un négociant et un jurisconsulte, pour délibérer sur un projet de Code de commerce universel.

Lord Grey, dans sa réponse donnée au nom du prince Albert, ainsi que M. Brinckmann, l'auteur de l'article critique sur l'ouvrage de M. Leone Levi, regardent l'idée comme impraticable. Si cela se rapporte à la prochaine dizaine d'années, nous voulons bien être de leur avis; mais autrement, nous nous rangeons sous le drapeau de l'auteur anglais. La tendance à l'unité est dominante, les progrès de notre âge sont gigantesques, le temps et l'espace ne sont presque plus des obstacles pour l'activité humaine, et quand les hommes se rapprochent d'une façon aussi étonnante sous le rapport matériel, ce qui doit surprendre, c'est que le rapprochement des choses de l'esprit soit encore si lent.

Si l'on avait dit il y a quelques siècles à un Normand et à un Gascon qu'il n'y aurait plus de guerre possible entre eux, qu'ils formeraient un grand tout, une seule famille, la France; si au temps de Charles VI on avait osé dire que de la Méditerranée à la Manche, du golfe de Biscaye à l'Escaut, on suivrait une loi unique civile, politique, administrative, pénale, économique, n'aurait-on pas été traité de fou ou de rêveur? N'a-t-il pas suffi d'une commotion éphémère en Allemagne pour donner à cet empire bigarré une législation uniforme en matière de change et presqu'un seul Code de commerce [1]?

La pensée d'un Code universel pour toutes les nations commerçantes n'a donc rien qui puisse effrayer un praticien éclairé,

[1] V. plus haut, t. V, p. 591, note 1.

Digitized by Google

et nous n'hésitons pas à affirmer que notre siècle le verra certainement éclore. Nous espérons bien mieux que cela sous le rapport du rapprochement et de l'unité de la grande famille humaine; mais ces considérations ne seraient plus de mise dans une Revue consacrée à la jurisprudence.

ESPRIT DU DROIT ROMAIN AUX DIFFÉRENTS DEGRÉS DE SON DÉVELOPPEMENT, par JHERING. Leipzig, 1852. Vol. I.

Cet ouvrage, dont nous ne connaissons encore que le premier volume, a déjà donné lieu à de véhémentes attaques, notamment dans le *Répertoire de Leipzig*, livraison du 1er septembre 1852, et dans les *Annales de Heidelberg* (nos 53-54 de la même année). Le *Journal Critique* en prend la défense, prétendant que par une bonne exposition historique du Droit romain, le décompte entre l'élément romain et l'élément germanique ne pourra être qu'accéléré. C'est ce décompte, cette séparation des deux éléments qui préoccupe les esprits en Allemagne; l'ouvrage de Jhering est par conséquent inspiré par la même pensée que celui de Schmidt, dont nous avons rendu compte, t. V, p. 592, s. L'esprit du *Journal Critique* est favorable à la même tendance.

LES PANDECTES ESQUISSÉS; Manuel du droit civil basé sur le droit romain; par Ed. BOECKING. 4e édit. Bonne, Markus, 1852.

Un livre très-estimé en Allemagne pour servir de guide aux étudiants et aux professeurs. La nouvelle édition se distingue des précédentes par de nombreuses améliorations.

LES PERSONNES JURIDIQUES PEUVENT-ELLES COMMETTRE UN CRIME? par M. ZIEGLER. Mitau et Leipzig, 1852. (Article critique de M. Pagenstecher.)

L'auteur se prononce pour la négative; mais comme il examine la question d'après les principes du Droit romain, M. Pagenstecher demande avec raison qu'on s'entende d'abord sur la définition de la personne juridique, question fort controversée parmi les romanistes. Savigny (*Système du Droit romain*, II, p. 238) limite la personne juridique au patrimoine commun; d'autres ne lui reconnaissent aucune capacité de vouloir ou d'agir; enfin d'autres admettent parfaitement cette double capacité, mais seulement dans les limites du but de la communauté (*universitatis*), en déniant à la personne morale ou

Digitized by Google

juridique toute existence au delà de ce but. C'est la doctrine de Vangerow et celle que nous trouvons la plus rationnelle.

MANUEL DE LA PRATIQUE PARLEMENTAIRE, par Luther CUSHING; traduit de l'anglais et précédé d'une Introduction, par Bernard ROELKER, avocat à Boston. Hambourg, Kittler, 1852.

Cet ouvrage ainsi que celui de May, *On the law and practice of parliament*, forment deux manuels fort utiles pour ceux qui veulent connaître la procédure en usage dans les parlements de la Grande-Bretagne et des États-Unis. Le rédacteur du *Journal critique*, page 311, fait la judicieuse observation que ces ouvrages viennent un peu tard pour l'Allemagne, qui, en 1848 et 1849, aurait pu y puiser d'excellentes leçons.

HISTOIRE DU DROIT ESPAGNOL, par BRAUCHITSCH. Berlin, 1852.

L'auteur, qui est Allemand, a séjourné pendant quelque temps à Barcelone pour raison de santé. Il en a profité pour donner un extrait allemand de la *Historia del derecho Español* de don Juan Zempere. On sait que Zempere, Romero, Ortis de Zarata et Antequera sont les meilleurs et les plus récents historiens du Droit espagnol (V. Warnkoenig, *Encyclopædie*, p. 266 et 364, ainsi que Laboulaye, *Revue de Législ.*, 1843, p. 1 et 288.)

STATUTS MUNICIPAUX ALLEMANDS DU MOYEN AGE, par GENGLER. Erlangen, Palm, 1852.

Le savant professeur à l'université d'Erlangen, en Bavière, auteur du présent ouvrage, s'est déjà acquis un nom estimé par son esquisse de l'histoire du droit germanique (*Deutsche Rechtsgeschichte im Grundrisse*, Erlangen, 1849-1850), dont le monde savant attend avec impatience l'achèvement. Ses connaissances approfondies de l'ancien droit allemand le rendaient éminemment propre à la présente publication, que nous avons, du reste, déjà mentionnée à l'occasion de l'ouvrage de Gaupp sur la même matière (V. t. V, p. 585).

Le travail de Gengler se distingue avantageusement de celui de Gaupp, en ce qu'il ne se contente pas de réunir les documents épars, mais qu'il donne un catalogue alphabétique de tous les statuts des villes, imprimés et connus. C'est un grand progrès vers ce *Codex municipalis Germanici* tant désiré par le critique des deux ouvrages, M. Arnold. Ce que Riccius, *Zuverlässiger*

Digitized by Google

Entwurf von Stadtgesetzen, Francfort et Leipzig, 1740, avait fait pour le siècle précédent, Gengler l'a fait pour le nôtre, mais non-seulement le nombre des documents enregistrés est porté de deux cents à quatre cents, l'ouvrage moderne excelle en outre par ses mérites bibliographiques. — En effet, il n'y manque aucun des ouvrages importants sur la matière qui ont paru depuis un siècle, et l'auteur a fait tout ce qui est possible d'exiger d'un seul individu.

Quant aux documents imprimés *in extenso*, il y en a plus de soixante-dix, c'est-à-dire le triple de ce que contient la collection de Gaupp; cependant on a reproché, non sans raison, le choix de ces documents, qui souvent sont extraits de collections qui existent dans toute bibliothèque publique de quelque valeur, tels que : les *Monumenta Boïca;* Schœpflin, *Hist. Zœringo-Badensis;* Gunther, *Codex diplom. Rheno-Mosellanus;* Bœhmer, *Codex diplom. Mœno-Frankofurtanus;* Dünge, *Regesta Badensia;* Chmel, *Regesta Ruperti*, etc., etc.

M. Arnold, le savant rapporteur des deux ouvrages de Gaupp et de Gengler dans le *Journal Critique*, soumet aux lecteurs de ce recueil un plan nouveau, d'après lequel il voudrait voir composer un catalogue raisonné des statuts des villes allemandes. Il propose de garder l'ordre alphabétique du nom des villes, en y ajoutant, selon l'ordre chronologique, tous les documents qui se rattachent à chaque localité. Chaque ville importante devrait porter en tête un précis historique sur l'origine de sa constitution, et pour les villes dont les statuts sont importants pour le droit privé, un précis historique sur le droit privé; puis devrait être ajoutée la notice des auteurs et chroniqueurs qui s'y rattachent; enfin les différents documents dans l'ordre chronologique, soit en substance, soit *in extenso*, suivis des ouvrages qui en contiennent les textes. Pour prouver qu'il saurait au besoin exécuter ce plan, M. Arnold donne comme échantillon les villes d'Augsbourg, de Bâle, de Bonn, de Cassel et de Cologne. Comme la méthode employée pourrait être consultée et appliquée avec fruit, par les auteurs de plus d'une collection de documents en France, nous donnons comme spécimen la traduction de l'article relatif à la ville de Bâle.

Bale. *Augusta Rauracorum*, mais non pas sur l'emplacement de l'ancienne ville, d'abord allemanique, puis franque, puis bourguignonne de 880-1032, enfin incorporée dans l'Empire ro-

Digitized by Google

mano-germanique par Conrad II. La première mention en est faite dans les *Annal. Bertin.* an. 870, en même temps que le *Baselgau;* résidence d'un évêque, mais point de Burggraf. Les évêques obtinrent sous les premiers empereurs saliques le droit de justice et de tutelle; l'*advocatus civitatis* exerçait la haute justice (criminelle), le *scultetus* la basse justice (civile). Les *ministeriales* et les ouvriers non libres y étaient en grand nombre, tandis que la classe des possesseurs de fonds libres ne se reconstituait que par des immigrations. Le conseil municipal, dont l'existence authentique remonte à 1218, était composé de 1,308 membres des différents métiers et corporations; une organisation complète des jurandes s'achève durant le XIVe siècle. Sous Maximilien I, Bâle entre dans la confédération helvétique. En 1356, un tremblement de terre anéantit les archives de la ville, d'où vient l'absence de documents antérieurs à cette époque.

Histoire de la ville et du district de Bâle, par Pierre Ochs, en 8 volumes, 1786-1822; ouvrage approfondi et muni de nombreux textes.

1149, juin 1. Statuts par lequel Conrad III octroie à l'évêque Ortlieb le droit de battre monnaie.

1180, avril. Décision de Frédéric I, entre l'évêque et le prévôt, portant défense à tout le monde d'avoir dans la ville un endroit fortifié (*wicborc*) sans le consentement de l'évêque.

1216. Décision de l'évêque Henri, qui fixe la part qui revient à l'évêque dans les amendes et les compositions judiciaires aux deux tiers; celle du prévôt à un tiers. Dans le même document se trouve la première mention du conseil de la ville.

1218, septembre 13. Frédéric II casse le conseil, révoque le privilége qui l'avait institué, et fait défense à la ville de le reconstituer sans le consentement de l'évêque.

1248, juin 2. Charte constitutive de la corporation des bouchers, donnée par l'évêque Liutold, contenant des dispositions sur l'exercice de cette profession, la police des marchés de viande, le chef de la corporation à nommer par l'évêque, et les droits à payer lors de la réception d'un nouveau membre « en » l'honneur de Dieu, de la Vierge Marie et de tous les Saints. »

1248. Charte semblable pour les corporations du bâtiment (*Spinnwetter*).

1256, janvier 30. L'évêque Berthold confirme les droits du *magister panificum* sur les boulangers.

Digitized by Google

1260, novembre 14. Privilége qui organise la corporation des tailleurs, « cùm fere quod libet genus hominum, qui » dicuntur *Handwerklüte* (artisans), sartoribus exceptis, con- » fratrias habeant vulgariter dictas *Zünfte* (*gildæ*). »

1260. Charte constitutive de l'évêque Henri pour la corporation des jardiniers; document rédigé en langue allemande. Les jardiniers comme les tailleurs obtiennent le droit de choisir eux-mêmes leur chef.

1262, novembre 5. Première confirmation royale des *jura et consuetudines civitatis*, par Richard de Cornouailles.

Le précis sur la ville de Cologne et ses statuts mériterait également une traduction si l'espace ne nous faisait point défaut. On y retrouve les traces des dissensions entre l'archevêque et le prévôt. Ce qui est fort intéressant, ce sont les priviléges commerciaux donnés dès le XIIe siècle aux bourgeois de Cologne, tels que celui de vendre librement du vin sur le marché de Londres, l'exemption des péages différents sur le Rhin, etc.

DU CONCOURS DES CRÉANCIERS, d'après le droit commun allemand et du royaume de Saxe en particulier, par GUNTHER. Leipzig, 1852.

Le droit commun allemand appelle *concurs* (*concursus*) l'état légal des créanciers d'un débiteur insolvent, quand ils concourent au marc le franc, d'après l'axiome que tous les biens du débiteur forment le gage commun des créanciers. C'est une des matières où la science et la pratique se sont le plus tourmentées pour emprisonner dans les formes du Droit romain des faits et des rapports sociaux qui, éclos par la civilisation moderne, s'y trouvent comme sur un lit de Procuste. Quand on se promène à travers le labyrinthe juridique du concours matériel et du concours formel, quand on considère l'*actio Pauliana*, tendant à faire résilier les actes faits *in fraudem creditorum* et les nombreuses questions auxquelles elle donne lieu, quand on voit quelle difficulté les jurisconsultes ont à appliquer les règles de l'*universitas* à la masse du failli, quelle incertitude règne sur la question théorique de savoir qui représente la masse des biens du débiteur insolvent, si c'est lui-même (*cridarius*), ou bien le *contradictor* ou *curator litis*, quand on voit discuter la théorie du *mandatum in rem suam* et les questions naissant en foule des créances privilégiées, et qui, au lieu d'être décidées par la loi, se trouvent

Digitized by Google

abandonnées à la jurisprudence des tribunaux; on comprend l'aversion de certaine école pour le droit commun allemand, et on se met avec bonheur à relire le troisième livre de notre Code de commerce, qui, en fait de faillite et de banqueroute, est devenu le modèle des législations récentes de presque toutes les nations commerçantes qui ont codifié cette matière.

LE JURY ANGLAIS, par BIENER. Leipzig, Tauchnitz, 1852. 2 vol.

HISTORY OF TRIAL BY JURY, par W. FORSYTH. London, 1852. (Article critique de M. Marquardsen.)

La masse des livres écrits en Allemagne depuis 1848, sur l'institution du jury, est énorme; c'est principalement sur le jury anglais que se sont portées les études, non-seulement parce qu'en Allemagne on considère le jury français comme une institution bâtarde, mais parce qu'en général le courant de l'opinion produit par la commotion de 1848, en Allemagne, s'est porté plutôt vers les institutions de la race anglo-saxonne. De là que les institutions judiciaires de la Grande-Bretagne ont été l'objet d'études sérieuses de la part des jurisconsultes allemands, et que souvent elles ont été mieux approfondies par eux que par les écrivains anglais. La comparaison entre l'œuvre allemande de Biener et le livre anglais de Forsyth en fournit le meilleur argument.

Du reste, Biener et Mittermaier[1] sont aujourd'hui les deux auteurs classiques sur le jury des peuples de la souche anglo-saxonne. Néanmoins les travaux de Philipps, de Maurer, de Rogge, de Gundermann, de Koestlin et de Waitz méritent l'attention de tous ceux qui veulent creuser l'histoire des institutions judiciaires ayant abouti au jury actuel; et n'oublions pas surtout Marquardsen, le savant critique qui, par un séjour prolongé en Angleterre, s'est rendu aussi familier avec le droit anglais qu'avec la législation de sa propre patrie. Son dernier ouvrage qui vient de paraître : *Ueber Haft und Bürgschaft bei den Angelsachsen*[2], en fournit une nouvelle preuve.

[1] *Das Englische, Schottische, und Nord-Amerikanische Strafverfahren im Zusammenhange mit den politischen, sittlichen und socialen Zuständen.* Erlangen, 1851, 1 vol. in-8°.

[2] Erlangen, Enke, 1853.

Digitized by Google

Les Lois zuricoises sur l'organisation de la procédure et sur l'instruction criminelle, par Ruttimann. Zurich, Schulthess, 1853.

Ce que nous venons de dire sur la tendance nouvelle de l'Allemagne de s'approprier les institutions anglaises et américaines de préférence à celles de la France, qu'elle avait prises pour modèle depuis un quart de siècle, se trouve confirmé par la nouvelle organisation judiciaire que vient de se donner le canton de Zurich; car, à peine est-il nécessaire de le rappeler à nos lecteurs, sous le rapport du développement historique des institutions juridiques, les parties allemandes de la Suisse ne font qu'un tout avec l'Allemagne; de même que les parties flamandes de la Belgique, les provinces des Pays-Bas, et voire même les provinces baltiques de la Russie.

La nouvelle procédure criminelle que le canton de Zurich a mise en pratique depuis le 1er janvier 1853, et dont M. Ruttiman est le principal auteur, a introduit la procédure orale et publique ainsi que le jugement par jurés, mais en côtoyant la procédure anglo-américaine plus qu'aucune des nouvelles législations européennes l'avait fait jusqu'à ce jour. Une disposition remarquable porte que cette nouvelle procédure sera appliquée provisoirement pendant trois années, après lesquelles le grand conseil la soumettra de nouveau à une délibération approfondie.

Le même canton possède un Code des peines, qui date de l'année 1836.

Le Code autrichien des crimes, délits et contraventions, commenté par Antoine Hye. Vienne, Manz, 1852

Le dernier Code pénal de l'empire d'Autriche, qui a force de loi dans toute l'étendue de la monarchie (la frontière militaire exceptée), à dater du 1er septembre 1852, est au fond une révision du Code criminel de 1803. Les lois spéciales et les interprétations authentiques survenues depuis cette époque ont été incorporées au texte, ainsi que la législation en matière de publication par la presse ou par tout autre moyen mécanique. Le Code de 1852 se distingue en outre par des dispositions nouvelles sur la défense légitime, la tentative, le duel; les délits de rébellion, d'assassinat, de meurtre, de vol, de rapine et d'escroquerie ont été mieux définis et limités; de nombreuses peines ont été mitigées; enfin, une foule de faits qualifiés autrefois de crimes ont été rangés dans l'ordre des contraventions.

Digitized by Google

Le commentaire de M. Hye mérite d'autant plus l'attention des jurisconsultes, qu'il a été un des principaux collaborateurs de cette révision du droit pénal autrichien.

LA PROCÉDURE CIVILE ET LES ACTIONS chez les Romains, par KELLER. Leipzig, 1852.

Notre savant collaborateur, M. Charles Giraud, dont la chaire du professorat regrettait trop longtemps le silence, vient d'inaugurer la reprise de ses leçons par la théorie de la procédure civile chez les Romains, et l'éminent jurisconsulte a eu la conscience de remplir de la sorte une importante lacune dans notre patrie. Il en est autrement en Allemagne qui, dès 1829, posséda un ouvrage classique sur la matière dans Zimmern, *Der Römische Civilprozess in geschichtlicher Entwicklung* (la Procédure civile des Romains développée historiquement). Heidelberg, 1829. Mais depuis vingt-cinq ans ce champ était resté sans culture, malgré les nombreuses découvertes que la science avait faites, notamment par le quatrième livre des Institutes de Gaius; la procédure romaine ne se trouvait qu'accidentellement esquissée dans les nombreux manuels (*Compendia institutionum*, *Lehr* ou *Handbücher*) de droit romain. L'ouvrage de Keller satisfit donc à un véritable besoin. Il est divisé en six chapitres qui traitent: I, de l'ancienne organisation judiciaire; II, de la forme; III, de la marche de la procédure; IV, de la *cognitio extraordinaria;* V, de l'exécution; VI, de la distinction des différentes actions. C'est un travail d'un haut mérite, qui laisse néanmoins plusieurs questions dans le doute, notamment à quelle époque eut lieu la séparation du pouvoir du magistrat (*imperium*) et du rôle de juge (*jurisdictio*); dans quel rapport se sont trouvés entre eux les tribunaux des *decemviri* et des *centumviri*, etc.

M. Keller a parfaitement dépeint l'institution des juges choisis ou délégués, en les distinguant en *judices*, *arbitri* et *recuperatores;* quant aux actions, il les distingue en deux sortes: les *legis actiones sacramento*, et les *legis actiones per judicis postulationem*, auxquelles se joignirent plus tard, par le développement et l'enchevêtrement des rapports sociaux, les *legis actiones per condictionem.* Quant aux *legis actiones per manus injectionem* et *per pignorit. capionem*, l'auteur les considère comme des formes d'exécution, et non pas comme des moyens

Digitized by Google

pour arriver au jugement. Nous ne pouvons en ce lieu approfondir cette épineuse matière, et nous préférons renvoyer nos lecteurs à la critique de M. Dernburg (p. 457-478), ainsi qu'à un article du même écrivain sur l'ouvrage de Stintzing : *Du rapport entre la* LEGIS ACTIO SACRAMENTO *et la* SPONSIO PRÆJUDICIALIS. Heidelberg, 1853 (p. 541-545). KOENIGSWARTER.

BIBLIOGRAPHIE.

LES CODES ANNOTÉS DE SIREY ENTIÈREMENT REFONDUS

Par M. GILBERT, avec le concours, pour les matières criminelles, de M. FAUSTIN-HÉLIE, conseiller à la Cour de cassation, et de M. CUZON, avocat à la Cour impériale de Paris. — A Paris, chez Cosse, imprimeur-éditeur, libraire de la Cour de cassation.

Compte rendu par M. NICIAS-GAILLARD, premier avocat général à la Cour de cassation.

Nous sommes un assez bon nombre au Palais qui pourrions nous dire les obligés de M. Gilbert. Pour ma part, je lui sais très-bon gré de ses *Codes annotés*. Ils facilitent les recherches, ils les abrégent ; ils économisent le temps, et le temps est si précieux! Je sais que ces recueils, si obligeants et si commodes, peuvent avoir un danger. Il ne faudrait pas qu'ils prissent toute la peine pour eux et ne nous laissassent rien à faire. Mais cela dépend de nous ; le travail ne nous manquera pas, si nous le voulons bien.

En général, on est assez ingrat envers les livres. Nous nous plaignons d'eux ; ce seraient eux plutôt qui auraient à se plaindre de nous. Nous leur devons beaucoup, et nous mettons tous nos soins à n'en rien laisser paraître, par sotte honte ou plus sot orgueil. Comme si nous perdions de notre valeur en y ajoutant de celle des autres! Sans doute il serait plus beau de n'avoir jamais besoin que de soi-même, d'être assez riche pour tirer tout de son propre fonds. *Moi seul, et c'est assez!* Mais cela est bon à dire sur le théâtre ; partout ailleurs, le plus sûr est de s'aider à la fois des autres et de soi-même, de s'en aider de son mieux ; et puis le plus honnête..... c'est d'en convenir.

Digitized by Google

Je ne croirais pas faire assez, je ne me trouverais pas quitte envers moi-même si je n'étudiais une question que dans les notes de M. Gilbert. J'y dois mettre du mien, et c'est bien par là d'ordinaire que je commence. Je cherche d'abord comme si un autre n'avait pas déjà cherché pour moi. Mais quand j'ai fait, de mon côté, ce que j'avais à faire, et que je reviens avec ma propre moisson, c'est alors que je me crois parfaitement permis de consulter cet autre travail tout fait qui m'attend, et que je m'estime heureux d'en pouvoir tirer profit. S'il est plus complet que le mien, ce qui arrive souvent, j'y prends sans façon ce qui me manquait. N'a-t-il rien de plus à m'offrir, j'y trouve du moins une preuve que je n'avais rien omis, et je demeure sans inquiétude. Enfin si, par hasard, j'ai mis la main sur quelque bon arrêt que M. Gilbert n'indiquait point, j'en suis tout fier, et je jouis vraiment d'avoir une fois fait mieux que lui.

Je n'attends même pas toujours, pour m'aider de ses recherches, d'avoir fini les miennes. Je n'ai encore étudié la question que sur les textes, seul avec la loi : je dois, avant de me fixer, consulter les auteurs et les arrêts : les voici soigneusement analysés; je commence par consulter ce résumé de la doctrine et de la jurisprudence. Après quoi, rien ne m'empêche d'aller plus loin si je veux. J'aurai toujours de moins à faire ce qui est déjà fait; et même le gros livre aura sa part dans mes propres découvertes, car c'est lui qui m'a mis sur la voie; et en s'arrêtant, il me montrait encore la suite du chemin.

En usant ainsi des ouvrages de ce genre, on en ôte les inconvénients et les dangers; il n'y reste plus que les avantages. Certes, je crois pouvoir le dire, je ne suis pas plus partisan qu'un autre de la *science facile*, non plus que de la *littérature facile :* on ne sait bien que ce qu'on a bien appris; mais enfin je ne saurais garder rancune à un auteur du secours qu'il m'a prêté, s'il ne m'a aidé qu'à bien faire. Il y aurait à cela mauvais goût autant que mauvaise humeur. Je ne vois pas qu'il faille absolument qu'un travail soit fastidieux et pénible pour être sûr et exact. Qu'on ne s'inquiète pas! le temps économisé ne sera pas perdu, il trouvera bien ailleurs son emploi ; et si, au lieu de le perdre à des recherches qu'on peut nous épargner, nous l'appliquons à un travail personnel vraiment utile, l'échange sera bon.

Digitized by Google

Il a été de mode, pendant un temps, de traiter avec dédain les arrêts et les arrêtistes. Nous nous sommes guéris de ce travers. Aujourd'hui nous sommes sur l'autre pente, et nous aurions plutôt à nous défendre de l'excès contraire. Ce qui n'est que vrai, sans exagération, c'est que la jurisprudence n'a jamais eu plus d'importance qu'à présent, et cela non pas seulement dans la pratique des affaires, mais aussi dans les études et les travaux scientifiques. Cette place qui, je crois, est la première, la jurisprudence la doit sans doute à elle-même, à l'exactitude de ses décisions, aux discussions qui les préparent, à cette variété presque infinie d'espèces où la réalité est bien autrement féconde que ne le sauraient être les plus riches imaginations; mais il est permis d'ajouter que le soin avec lequel on la recueille ne laisse rien perdre de son prix, et que si les arrêts sont ce que nous venons de dire, les arrêtistes aussi méritent qu'on dise d'eux quelque bien.

Non que je les trouve irréprochables, même les meilleurs. Comme M. Troplong, quoique avec infiniment moins d'autorité que lui, je leur reprocherais, par exemple, de ne pas s'attacher assez aux faits, de négliger parfois des particularités utiles, nécessaires même pour déterminer le vrai sens de la décision. L'excuse ordinaire, c'est-à-dire la place restreinte dont on dispose et l'immensité des matériaux, ne me touche même qu'à demi, quoique je n'en méconnaisse pas la valeur. Si l'on n'est pas maître de l'espace, on est maître du nombre. Il est des sacrifices qu'on gagnerait à faire, des pertes qui enrichiraient; il suffit quelquefois de faire moins pour faire mieux.

Ces imperfections n'empêchent pas que nos recueils de jurisprudence ne soient très-dignes d'estime. Ils ont gagné considérablement depuis quelques années. Les observations dont il est d'usage aujourd'hui de faire suivre les arrêts de quelque importance en augmentent beaucoup la valeur doctrinale. Ces notes sont souvent de véritables dissertations, à ce point qu'on serait quelquefois tenté de se demander si c'était bien là leur place. Il y a loin de ces annotations si complètes aux secs résumés de jurisprudence ou même aux simples renvois dont on s'est contenté pendant longtemps.

Les sommaires placés en tête des arrêts ont aussi leur importance. Rien de plus simple en apparence et de plus facile; ceux

Digitized by Google

qui s'y sont exercés ne s'en accordent pas moins à dire que ce travail demande beaucoup de soin. On comprend, en effet, qu'il n'est pas sans difficulté de renfermer en quelques mots toute la substance d'une affaire; il n'est même pas toujours facile de reconnaître la question au milieu de faits compliqués et de discussions parfois assez confuses. La dégager nettement, puis la poser d'une main sûre; — rappeler le principe, déterminer l'espèce, fixer le sens et limiter la portée de la solution; — faire ressortir d'un mot une analogie ou une différence décisive; — renfermer tout cela dans un petit nombre de formules simples et précises qui disent tout sans rien dire de trop : exactes et complètes dans leur brièveté au point de pouvoir tenir lieu, au besoin, de l'arrêt lui-même; — un tel travail exige assurément une attention, des soins, un genre de mérite qui peut-être trouveraient ailleurs un emploi plus brillant, mais qui s'exercent et s'appliquent en cela même d'une manière déjà fort utile.

J'ai quelquefois conseillé cet exercice à des jeunes gens de bonne volonté qui se formaient, sous mes yeux, à l'étude du droit. Ce n'était pas sans doute tout ce dont ils avaient besoin : il leur fallait autre chose; mais si d'autres travaux devaient donner à leur esprit plus d'élévation et d'étendue, je n'en voyais pas de plus propre à en augmenter la rectitude, à le rendre plus ferme et plus sûr. C'est qu'il est essentiel à tout âge, et plus encore dans la jeunesse, d'apprendre à se rendre compte de ses idées, et rien ne vaut mieux pour cela que l'habitude de les résumer et de les formuler. Si de la pensée on passe à la manière de la rendre, il n'y a pas de meilleure école pour la propriété de l'expression, la correction, l'exactitude, c'est-à-dire pour tout ce qui fait la clarté et la justesse du style, en contribuant beaucoup aussi à sa force et à sa vigueur.

Les Codes annotés empruntent d'ordinaire leurs sommaires au recueil de *Sirey*, continué par M. Villeneuve. En cela, M. Gilbert ne fait guère que reprendre son bien, car depuis longtemps il prête à ce recueil une collaboration fort assidue. Mais ce qui lui appartient plus en propre, c'est le classement méthodique des nombreux matériaux qu'il avait à mettre en œuvre. Ce classement nous a paru bien fait; des divisions exactes et commodes y servent de guide au milieu de la foule des solutions. Chaque chose y est à sa place. L'esprit descend et remonte sans effort

Digitized by Google

des principes aux conséquences, des conséquences aux principes; et l'on voit, sous chaque article de loi, les idées secondaires se ranger par degrés à la suite de la proposition principale, comme une longue descendance sort d'une souche unique dans un tableau généalogique.

L'utilité des tables de jurisprudence, quelle que soit leur forme, dépend en grande partie de l'exactitude des renvois; car, malgré ce que nous avons dit plus haut des notices d'arrêts dont la perfection serait, s'il était possible, de tenir lieu des arrêts eux-mêmes, le plus sûr est bien toujours de recourir aux textes : *Cavendum est ab exemplorum fragmentis ac compendiis* (Bacon, *Leg. leges*, sect. 4, aph. 26)[1]! *Les Codes annotés* ont ce mérite de l'exactitude; ils ont aussi le mérite de l'impartialité. Le concours habituel de M. Gilbert à l'un de nos grands journaux de jurisprudence expliquerait certaines préférences de sa part pour ce recueil; mais d'ordinaire il ne se borne point à y renvoyer, il les cite tous. Ce qui est une preuve d'honnêteté et de bon goût et d'ailleurs une conduite habile autant qu'honnête, car l'ouvrage perdrait beaucoup à être exclusif.

Aussi désirerions-nous, en entrant nous-même dans ces vues honorables, que l'égalité fût encore plus parfaite. Il faudrait que lorsque les notes n'indiquent qu'un seul recueil, on pût toujours en conclure sûrement que l'arrêt manque dans les autres. Il n'en est pas toujours ainsi; nous avons pu le vérifier quelquefois.

Nous exprimerons un autre regret, c'est que les notes ne renvoient habituellement qu'aux recueils périodiques. La première édition *De la jurisprudence générale* est citée aussi, il est vrai; mais il y a de même le *Répertoire alphabétique* du *Journal du palais*, et surtout le nouvel et grand ouvrage que MM. Dalloz publient avec tant de constance et de dévouement. Cette nouvelle édition *De la jurisprudence générale* remplacerait l'ancienne avec avantage dans les citations. Il est pourtant à ce silence une exception dans laquelle j'ai une part personnelle, et que je me reprocherais de ne pas reconnaître : l'article *Contravention* est souvent cité dans les notes du *Code pénal*.

Je m'arrête ici. En disant ces quelques mots d'une œuvre estimable et modeste, je n'ai pas cherché à m'acquitter envers

[1] Atque integrum exemplum et universus ejus processus introspiciendus.

Digitized by Google

l'auteur, car chaque jour ma dette se renouvelle et j'espère bien encore l'accroître. J'ai seulement voulu dire un peu du bien que j'en pense. Je tiens cependant à ne pas finir sans féliciter M. Gilbert et M. Cosse, son habile éditeur, de l'importante collaboration qu'ils ont obtenue pour leur dernier volume. Le nom de M. le conseiller Faustin-Hélie suffirait pour honorer leur publication. Je veux aussi constater ce précieux concours sous un autre rapport et à l'honneur même de la jurisprudence. Quand un esprit d'un ordre aussi élevé, et qui se doit à l'achèvement d'un grand ouvrage, s'arrête, semble descendre à annoter des arrêts, cela signifie qu'il n'est point d'idée générale qui ne soit vaine si elle ne s'appuie sur les faits, et que, dans la science juridique, les arrêts sont ces premiers éléments qu'il faut d'abord recueillir pour servir de base aux systèmes.

NICIAS-GAILLARD.

DES PRINCIPES DE LA RÉVOLUTION FRANÇAISE

Considérés comme principes générateurs du socialisme et du communisme; par M. Albert du Boys, ancien magistrat.

Compte rendu par M. Frédéric Taulier, avocat à la Cour impériale, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

Les principes et les faits constitutifs de la révolution de 1789 provoquent nécessairement des appréciations diverses. La passion politique arrange surtout les choses à sa guise, et certains hommes composent des traditions que d'autres acceptent d'autant plus volontiers qu'ils les trouvent toutes faites. C'est ainsi que l'erreur vient souvent prendre la place de la vérité.

Interroger en elles-mêmes les théories révolutionnaires, les soumettre à une incessante analyse, remonter aux causes, et, par une déduction rigoureuse, descendre jusqu'aux effets les plus éloignés, telle est la tâche que M. Albert du Boys a entreprise et qu'il a consciencieusement accomplie.

M. du Boys est l'un des hommes qui honorent le plus le Dauphiné par son caractère et ses écrits. Possesseur d'une gracieuse retraite qui domine, non loin de Grenoble, la magnifique vallée du Graisivaudan, c'est là qu'il se recueille dans de savantes et utiles méditations. Ses travaux sur la législation criminelle sont un beau monument élevé à la science historique du droit. Le

Digitized by Google

livre sur les principes de la révolution française a des proportions plus modestes, mais il est encore l'expression d'une grande et généreuse pensée.

L'auteur ne s'abandonne pas aux écarts d'une imagination aventureuse; il cite les textes législatifs; il rappelle les paroles des orateurs qui les ont provoqués ou défendus; il saisit ainsi les doctrines sous leur forme la plus manifeste, la plus irrécusable. Une méthode loyale et sûre le dirige donc dans ses jugements et en garantit la sincérité. Fruit d'une étude patiente, didactique, sévère, son livre commande ce respect qui s'attache aux convictions sérieuses et profondes. Il ne plaît pas seulement, il instruit, il éclaire, et plus d'une fois l'on s'étonne d'avoir méconnu les vérités qu'il révèle.

M. du Boys commence par exposer l'histoire de la propriété et de la famille depuis l'origine des sociétés. Ce travail, concis, d'une forme heureuse et simple, plein de choses et riche de vérités, présente un très-grand intérêt. L'auteur, inspiré, fortifié par ces recherches préparatoires, qui font assister le lecteur à la raison des siècles, à la pratique des nations, aborde son sujet principal.

En tête de la Constitution de 1791, il trouve cette déclaration : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en » droits. » Il n'accuse pas sans doute l'Assemblée constituante d'avoir voulu nier les causes d'assujettissement sans nombre qui pèsent sur les individus, depuis leur naissance jusqu'à leur mort, et les inégalités physiques et morales qui les séparent. Mais il entrevoit dans cette proclamation de la liberté et de l'égalité, considérées comme principes absolus et comme base fondamentale du gouvernement, une dangereuse excitation jetée au sein des masses populaires et une source permanente de relâchement du frein social. « L'Assemblée nationale, dit-il, » prit une voie tout opposée à celle qu'elle aurait dû suivre si » elle eût voulu faire goûter au peuple les bienfaits de sa nou- » velle constitution. Il aurait fallu qu'elle commençât par recon- » naître hautement les inégalités qui ont été établies par la na- » ture elle-même, et dont l'histoire de tous les âges prouve la » constante existence. Elle eût proclamé ensuite que le but de » toute bonne constitution doit être de corriger ce qu'il y a » d'excessif et de nuisible dans ces différences et dans ces iné- » galités naturelles; par exemple, de suppléer par les lois à ce

Digitized by Google

» qui manque à la faiblesse pour la mettre au-dessus des at-
» teintes de la force. Elle eût montré qu'elle tendait à procurer
» à tous, dans un degré convenable, ce qu'on peut raisonna-
» blement accorder à un peuple de liberté et d'égalité. C'eût été
» faire valoir l'excellence de son œuvre, tandis que la faire
» précéder de la proclamation de principes absolus dont elle ne
» pouvait assurer la réalisation dans la pratique, c'était la ra-
» baisser d'avance dans l'esprit de la nation. »

On ne peut qu'applaudir à des réflexions aussi judicieuses.

En vain, pour absoudre l'assemblée constituante, dira-t-on que, dans le texte critiqué, elle s'est inspirée d'une pensée de réaction contre l'ancien régime, qui avait créé et qui maintenait entre les hommes des inégalités humiliantes. Il fallait, sans doute, réformer des institutions vieillies, qui avaient fait leur temps, mais en reconnaissant qu'elles avaient eu leur raison d'être; il fallait détruire les abus du passé, mais sans formuler des abstractions qui pouvaient engendrer dans l'avenir des abus contraires. En vain dira-t-on encore que l'assemblée se préoccupait uniquement de l'égalité civile. Dans ce cas, elle aurait dû s'exprimer ainsi : « Les hommes, soumis aux inéga-
» lités les plus diverses, ne sont égaux que devant la loi. »
L'égalité devant la loi fait en effet partie du principe de justice, et, à ce point de vue, l'égalité peut être proclamée sans péril. Enfin, l'assemblée eut le tort grave de passer sous silence l'idée de devoir. Il est plus essentiel de rappeler le devoir que le droit; l'homme est toujours prêt à méconnaître l'un et à exagérer l'autre. « Pour que le peuple, dit l'auteur, fût suffisamment
» éclairé sur le sens de ces mots d'une si dangereuse puissance,
» il faudrait qu'en regard du principe de liberté fût placé celui
» d'autorité, et en regard du droit de l'homme à l'égalité, le
» droit de la société à un classement hiérarchique des citoyens.
» Cela impliquerait les idées d'obéissance et de subordination
» qui doivent limiter la liberté et l'égalité. » Il dit ailleurs:
« Après l'égalité civile, il a fallu au peuple l'égalité politique,
» il lui faut maintenant l'égalité de bien-être. Plus de riches ni
» de pauvres, plus de maîtres ni d'ouvriers; voilà encore des
» distinctions sociales; voilà les dernières applications des vieux
» principes de l'égalité. Il faut en finir et passer partout le niveau
» universel. Oh! c'est un rude logicien que le peuple! Croyons-
» nous donc, tant que nous sommes, que le droit d'égalité ab-

Digitized by Google

» solue ne soit que pour nous seuls et que nous puissions en » arrêter les déductions là où s'arrêtent les exigences de notre » orgueil et de nos mesquines rivalités ? »

Des esprits éminents ont soutenu que l'Assemblée constituante, obéissant aux intentions les plus pures, était constamment restée dans le vrai et qu'on ne pouvait la rendre responsable des crimes et des turpitudes qui se produisirent après elle. Sans doute, les intentions étaient droites, mais la manière de les traduire, soit par des formules, soit par des actes, fut souvent inhabile et pleine de funestes témérités. Il y a des pentes tellement rapides que celui qui s'y engage ne peut plus s'arrêter; il y a des semences tellement fécondes qu'elles produiront tous les fruits qu'elles renferment en elles ; il y a des théories, des mots et des faits tellement inexorables qu'ils sont les précurseurs de tempêtes nécessaires. Le point d'arrivée et le point de départ se tiennent alors par une chaîne dont tous les anneaux sont venus logiquement s'ajouter les uns aux autres. Des esprits ingénieux[1] auront beau diviser les époques, attribuer à chacune son caractère, et scinder les responsabilités ; perçant de trompeuses surfaces, l'œil de l'observateur pénètre jusqu'au fond des doctrines et des événements; il y découvre le lien mystérieux qui les unit, qui rapproche les temps, et de commodes désaveux n'empêchent pas l'avenir d'être le fils nécessaire du passé.

C'est surtout par le livre de M. du Boys que cette filiation est merveilleusement constatée.

Dans le sein de l'Assemblée constituante, Robespierre avait osé s'exprimer ainsi : « Quel est le motif de la faculté de tester? » L'homme peut-il disposer de cette terre qu'il a cultivée, quand » il est lui-même réduit en poussière? Non, la propriété de » l'homme, après sa mort, doit retourner au domaine public de » la société; ce n'est que pour l'intérêt public qu'elle transmet » ces biens à la postérité du premier propriétaire : or, l'intérêt » public est celui de l'*égalité :* il faut donc que, dans tous les cas, » l'*égalité* soit établie dans les successions. »

Cette doctrine matérialiste était celle de Mirabeau et de la majorité de l'Assemblée constituante. Néanmoins l'Assemblée

[1] M. Laferrière, *Histoire des principes, des institutions et des lois pendant la révolution française.*

Digitized by Google

ajourna toute décision sur la question du droit de tester. Mais la Convention, s'emparant des principes qui lui étaient transmis, se chargea de les convertir en loi; elle abolit la faculté de tester, d'une manière absolue, en ligne directe et en ligne collatérale.

Après avoir ainsi nié l'immortalité de l'âme, la propriété, la puissance paternelle, en proscrivant l'une de leurs révélations les plus sacrées, la Convention s'enthousiasmait à ces paroles de Cambacérès : « Peut-il y avoir deux sortes de paternité? » l'intérêt des collatéraux doit-il surtout prévaloir sur les droits » du sang? cet intérêt peut-il être de quelque considération là » où l'*égalité* est devenue une des bases du gouvernement? » Or, en vertu de l'égalité proclamée par l'Assemblée constituante, comme base du gouvernement, la Convention accordait aux enfants naturels les mêmes droits successoraux qu'aux enfants légitimes. Elle égalisait, dans leurs résultats, le mariage et la débauche, la vertu et le vice, le devoir de la fidélité et les commodes caprices de libres amours.

Le principe de liberté devait à son tour produire les plus tristes fruits.

« Considérant, dit l'Assemblée législative, combien il im» porte de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui » résulte de la liberté individuelle, dont un engagement indis» soluble serait la perte... » Et l'Assemblée admet non-seulement le divorce par consentement mutuel, mais encore le divorce réclamé par un seul des époux pour incompatibilité d'humeur : elle fait ainsi descendre le mariage qui, indépendamment du côté religieux, embrasse surtout des intérêts moraux, bien au-dessous de la vente ou du louage, qui n'embrassent que des intérêts matériels, et que cependant un accord réciproque peut seul dissoudre.

Du reste, il faut lire dans l'auteur même le tableau malheureusement trop fidèle et l'éloquente réfutation de toutes ces orgies législatives que couronnent et qu'expliquent si bien ces paroles d'un orateur de la Convention : « Quoi, les trônes sont » renversés, les sceptres brisés, les rois expirent, et les autels » des *dieux* restent debout encore! Croyez-vous, législateurs, » fonder et consolider la république française avec des autels » autres que ceux de la patrie, avec des emblèmes ou des » signes religieux autres que ceux de la patrie? La nature et la

Digitized by Google

» raison, voilà les dieux de l'homme, voilà mes dieux! Je l'a-
» vouerai franchement à la Convention; je suis athée. »

Cette scandaleuse franchise n'était pas encore à l'ordre du jour dans l'Assemblée constituante; mais l'Assemblée y préparait les esprits par ses déclarations passionnées contre le catholicisme, dont elle ignorait les bienfaits et les splendeurs, par ses persécutions contre la vie monastique, que la liberté aurait dû protéger et qu'elle immolait au nom de la liberté même, et par sa constitution civile du clergé, dans laquelle, sous le prétexte d'opérer mieux encore la séparation déjà suffisamment accomplie du pouvoir temporel et du pouvoir spirituel, elle violait l'unité de l'Église, association suprême, sans nationalité, confondant tous les peuples dans une même foi, dans un même culte, et brisait imprudemment le lien qui la fait remonter à Dieu lui-même par son chef visible, père commun de tous les fidèles, successeur et continuateur des apôtres, vicaire de Jésus-Christ. L'indifférence et même l'hostilité de 1789, en matière de dogmes, devaient fatalement aboutir à l'athéisme de 1793.

On a vu les déplorables résultats de l'article 1er de la Constitution de 1791. L'article 17 conduit à une autre démonstration : l'un prouve l'immense et inévitable danger des formules trop absolues; l'autre va montrer le danger de formules vraies appuyées sur des doctrines fausses.

Ainsi, l'article 17 déclare que la propriété est un droit inviolable et sacré. Rien de mieux en apparence.

Mais déjà l'Assemblée constituante avait rendu ce texte ridicule et l'avait frappé d'impuissance. En effet, le 2 avril 1791, l'évêque d'Autun était venu lire à la tribune le discours que Mirabeau avait préparé, et qu'il se proposait de prononcer contre le droit de tester. Dans ce discours, Mirabeau fait dériver la propriété d'une convention primitive conclue entre les hommes, et lui assigne pour unique raison d'être l'utilité sociale. Mirabeau venait de mourir, et l'Assemblée, comme pour honorer sa mémoire, applaudissait à cette doctrine solennellement étalée devant elle.

» La grande renommée qu'on a faite à Mirabeau, dit M. du
» Boys, ne m'en impose pas. Je m'armerai contre ce géant de
» la fronde de David, et je l'attaquerai sans crainte. »

Ici, M. du Boys démontre très-bien que toute propriété remonte à un fait primitif d'occupation ou à une création du travail; de

Digitized by Google

telle sorte que la propriété s'incorpore au possesseur et devient une partie intégrante de la personnalité humaine. Avec ces bases, la propriété est réellement inviolable. Mais si on l'explique par un contrat autrefois proposé et accepté, il est évident qu'un autre contrat, œuvre d'une autre majorité, peut la détruire; si on la justifie par l'utilité sociale, il est évident qu'au nom de cette utilité, autrement envisagée et interprétée, une organisation nouvelle peut lui être imprimée. Et en effet, ce fut par des considérations tirées de l'utilité sociale et en vertu des plus étranges sophismes que l'Assemblée constituante décréta la confiscation des biens du clergé. A son tour, l'Assemblée législative confisqua les biens des émigrés. Enfin, la Convention porta les plus scandaleuses atteintes à la propriété mobilière par la création des assignats, par la loi du maximum et par le décret qui ordonne aux officiers publics de verser dans la caisse de la trésorerie nationale les dépôts confiés à leur garde. On voit que la doctrine de l'utilité sociale s'était prêtée par sa souplesse et son élasticité aux plus effrayants progrès. Des esprits pénétrés des théories véritablement protectrices du droit de propriété n'auraient pas applaudi aux paroles de Mirabeau ; ils n'auraient jamais songé à enfreindre un droit qui, par son origine et par sa nature, est au-dessus de toutes les nécessités politiques, et, peut-être, la civilisation n'aurait-elle pas eu à déplorer tous ces vols publics qui survinrent plus tard et qui pouvaient s'autoriser d'un premier exemple.

L'Assemblée constituante s'imagina qu'il était possible de refaire en quelque sorte une nation avec des doctrines d'invention purement humaine. Elle oublia que toute société repose nécessairement sur des principes d'une origine et d'une durée éternelles. Il est donc bien vrai qu'elle affaiblit, qu'elle ébranla l'édifice auquel il ne fallait toucher, dans quelques parties, qu'avec une extrême réserve, et qu'en bouleversant l'harmonie de l'ensemble, elle disposa tous les éléments de la catastrophe dans laquelle l'édifice même devait s'abîmer plus tard.

Toutefois, M. du Boys, qui a si parfaitement mis en relief les principes et leurs conséquences, s'est montré trop rigide, en ce sens qu'il s'est placé trop exclusivement en dehors des époques mêmes qu'il étudiait et de la physionomie qui leur était propre. Dans tout jugement, il y a une part à faire à l'indulgence. On ne saurait se dissimuler que l'Assemblée constituante se trouva en

Digitized by Google

présence de bien des abus à réformer, de bien des injustices à réparer, de bien des préjugés à vaincre, de bien des résistances à briser. Peut-être pensa-t-elle qu'elle devait exagérer ses principes et afficher des tendances plus exclusives, afin de donner une plus haute idée de sa force, d'engager plus résolûment le combat et d'arriver plus sûrement au succès. Peut-être n'y eut-il souvent de sa part qu'une sorte de forfanterie révolutionnaire, employée comme tactique. Elle eut bien tort; en restant dans le vrai, en s'inspirant de tendances plus patientes, en heurtant moins les uns, en flattant moins les autres, en faisant une plus large part à la tradition, en obéissant à une philosophie plus orthodoxe, elle n'en eût pas moins accompli son œuvre, quoique plus lentement, et elle n'eût pas compromis dans le présent les sources mêmes de l'avenir. Toutefois, si le point de vue auquel on peut croire qu'elle se plaça ne justifie ni ses erreurs, ni ses fautes, il les atténue dans une certaine mesure.

Quant aux assemblées qui suivirent, elles vécurent dans un milieu plus difficile encore. Leur audace s'accrut en raison même des résistances qui s'augmentaient. Pour l'honneur de l'humanité, il faut admettre qu'elles cédèrent à l'enivrement du combat bien plus qu'elles n'obéirent au calme de la réflexion. Mais, hélas! pourquoi ne pas préférer des transactions pacifiques, qui assurent au moins quelques conquêtes, à ces victoires pleines de ruines et de deuil après lesquelles une nation épuisée a besoin de demander au despotisme la faculté de reprendre haleine?

Il manque au livre de M. du Boys un curieux chapitre qui aurait dû être intitulé : *Du parti conservateur*. Pendant seize années, les conservateurs ont prétendu avoir le monopole des idées utiles et sages. Ils repoussaient toute réforme, proscrivaient toute émancipation; pour eux, l'humanité semblait avoir dit son dernier mot. Mais ils avaient fait disparaître de nos villes et de nos campagnes le signe vénéré de la rédemption, qui n'offensait personne et qui était pour les populations une excitation à la prière, une consolation, un gage d'espérance. Ils avaient arraché des sanctuaires de la justice l'image du Juge suprême, comme si la justice humaine ne relevait plus de Dieu et n'avait de compte à rendre qu'à elle-même. Ils s'effrayaient d'une procession paisible, touchante expression de l'hommage qui est dû

Digitized by Google

à la Divinité. Ils traitaient avec un dédain superbe et une amère ironie ces doctrines spiritualistes qui, seules, assignent à la famille, à la propriété leurs véritables origines et leur impriment une sérieuse inviolabilité. Ils avaient matérialisé le siècle. Admirateurs des théories de 1789, ne reniant que celles qui leur étaient inutiles, imprégnés du même esprit, ils marchèrent vers le même écueil. La société fit explosion en 1848. Il faut rendre au peuple cette justice qu'il se montra plus sage que ceux qui l'avaient égaré. Mais bientôt, par la force irrésistible des choses, les hideuses doctrines du socialisme et du communisme apparurent à la surface. M. du Boys les signale comme le dernier anneau de la longue chaîne qu'il a parcourue; mais il a omis de dire, à l'appui de cette thèse, comment elles étaient au fond des prétendues théories conservatrices, qui n'avaient pas su comprendre le péril de l'immobilité, l'inanité du contrat social et la fatale influence d'un froid scepticisme enlevant à l'autorité sa puissance morale, à la famille sa grandeur et sa majesté, à toutes les choses humaines leur dignité et leur prestige.

M. du Boys, après avoir résumé son livre à grands traits, conclut en ces termes : « Ce n'est plus sous les murs de Poitiers, » ni près des rivages de Lépante, qu'il nous faut combattre l'in- » fidèle et défendre notre civilisation chrétienne; c'est au sein » de nos cités, dans les assemblées municipales et politiques, » dans la presse, dans l'administration, dans le gouvernement » du pays. Le champ de bataille est transporté dans la région » de l'intelligence et de la foi, et le combat est partout, car » partout se montre l'ennemi social. Il faut nous entendre, » nous liguer, nous croiser contre l'invasion de la barbarie nou- » velle, nous qui voulons le bon goût dans les lettres, le beau » dans les arts, le simple et l'intelligible en philosophie, l'ordre » fortement constitué dans l'État, enfin la pureté traditionnelle » du langage et des croyances en matière religieuse. Fuyons » donc cette littérature malsaine qui ne cherche qu'à réveiller, » à force de bizarrerie dans la forme et d'extravagance dans le » fond, la langueur de nos âmes blasées : chassons-la im- » pitoyablement de nos foyers domestiques. Ne donnons plus » accès parmi nous à sa religiosité mystique, confuse et in- » saisissable dégénération des dogmes les plus précis du chris- » tianisme; ne lui laissons pas falsifier par l'esprit de système » et par les teintes prestigieuses du romantisme, non-seulement

Digitized by Google

» les origines plus ou moins fabuleuses des peuples, mais jus-
» qu'aux événements les mieux établis, jusqu'à cette histoire
» presque contemporaine, dont nos pères ont été les témoins
» ou les victimes. . . . . C'est un devoir
» pour nous, du moment que nous sommes pleinement dé-
» trompés, de la renier hautement dans ses institutions destruc-
» tives de la propriété et de la famille, dans ses principes géné-
» rateurs du socialisme et du communisme. »

Cette conclusion est trop restreinte. Le livre de M. du Boys renferme des enseignements plus graves et convie à des méditations plus hautes. La révolution française fut, en définitive, l'avénement de la bourgeoisie. Cet avénement fut une conquête acquise au prix de luttes douloureuses. Il aurait pu s'accomplir sans secousses violentes, par la seule puissance de la loi du progrès, qui est la loi de Dieu. Il en fut autrement, parce que l'homme, abusant de son libre arbitre, s'engagea dans des voies fausses ou criminelles. Si, aujourd'hui, il s'agissait uniquement de conserver des résultats d'autant plus précieux qu'ils ont coûté à l'humanité plus de labeurs et de sacrifices, la conclusion de M. du Boys, si bien sentie et si bien exprimée, pourrait suffire. Mais nous devons porter nos regards vers les nouveaux horizons qui se découvrent à la pensée recueillie et attentive. Après la bourgeoisie, viennent diverses classes qui aspirent aussi à leur part de bien-être moral et matériel. Elles s'avancent en colonnes serrées, faisant entendre leurs doléances, leurs protestations, formulant leurs vœux et leurs espérances. L'art des gouvernants doit être de les diriger, de les discipliner, de les aider en les modérant. L'immobilité et la précipitation sont également funestes. Gardons-nous de flatter, de caresser les masses populaires, de les pousser en avant par de vaines paroles, par de faux systèmes, de les entretenir dans de trompeuses illusions; gardons-nous aussi de les comprimer par la roideur, ou de les irriter par le dédain. Semons au milieu d'elles les principes de foi vive qui consolent, ces croyances religieuses qui servent de guide et de frein. Multiplions ces institutions qui instruisent, éclairent, moralisent, qui rappellent l'homme au sentiment de sa dignité, au respect de tous pour tous et de chacun pour soi-même. Tendons fraternellement la main à ceux qui sont aux derniers degrés de l'échelle sociale; aidons-les à franchir la distance qui les sépare de nous; sans quoi, ils auraient aussi

Digitized by Google

leur révolution désespérée et leurs réactions sanglantes. L'esclavage du monde antique fit place au servage du monde moderne; les serfs se sont transformés en fermiers, en ouvriers, en serviteurs : sans doute, une nouvelle transformation, radicale, absolue, universelle, est impossible. C'est là ce qu'il importe de bien faire comprendre à des esprits tourmentés par le désir; mais ne nions pas que la condition d'un grand nombre ne puisse devenir meilleure. Combien d'hommes pourraient arriver à la propriété de la terre et du capital, et corrigeant le morcellement par la réunion des forces, accomplir comme associés le travail qu'ils exécutent aujourd'hui comme instruments salariés! Un tel progrès ne peut se réaliser en un jour. Sa marche doit être lente, réfléchie, mesurée; l'individu vit quelques années; l'humanité, qui est l'individu collectif, vit de longs siècles; il faut, à de grands résultats, une patiente et mystérieuse gestation; les fruits ambitionnés avant le temps sèchent et meurent, et l'arbre s'épuise. N'imitons pas nos pères, dont les uns s'imaginèrent pouvoir fermer la route à la société humaine, dont les autres, pour se frayer un passage, s'exaltèrent jusqu'au délire. Dieu a ses éternels desseins, que les puissants et les heureux du jour n'arrêteront ni par l'orgueil, ni par l'égoïsme; et ceux auxquels appartient le droit d'entretenir un avenir meilleur, y parviendront par le calme, qui prouve la force, par la modération, qui recommande et protége le droit; ils s'en éloigneront, au contraire, par les prétentions et les entreprises téméraires, par les impatiences insensées.

FRÉDÉRIC TAULIER.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile (cahiers de janvier 1855).

Par M. Paul Pont, docteur en droit, juge au Tribunal civil de la Seine.

SOMMAIRE.

1. *Hypothèque générale; hypothèque spéciale.* — Du concours de l'hypothèque générale avec des hypothèques spéciales : 1° dans le cas où un seul immeuble du débiteur est saisi ou vendu;
2. — 2° Dans le cas où tous les immeubles étant saisis ou vendus, la distribution du prix se fait dans un seul et même ordre.
3. *Communauté conjugale; séparation de corps; frais.* — La communauté ou le mari sont ils tenus des frais de l'instance en séparation de corps quand la demande est formée par le mari?
4. *Quid* quand la demande est introduite par la femme?
5. *Communauté conjugale; reprises; prélèvements; privilége.* — Quelques réflexions à l'occasion d'arrêts récents sur la question de savoir si la femme a un droit de préférence sur les valeurs mobilières de la communauté à raison de ses reprises. — Réponse sur quelques points de la dissertation de M. Jousselin. — Renvoi.

1. — (Cassation, 26 décembre 1853; Bourges, 18 janvier 1854; Grenoble, 20 aout 1853. *Journal du Palais*, 1854, 1, 545; *Dalloz*, 54, 2, 97; *Devilleneuve*, 54, 1, 86 et 2, 97.) — Les arrêts que nous rapprochons ici statuent tous, mais en sens divers, sur une question que nous avons touchée déjà dans cette *Revue*[1]. Il n'est pas, cependant, sans intérêt d'y revenir; car, parmi les solutions que nous signalons, quelques-unes complètent la jurisprudence et ont un caractère particulier par où, quoi qu'on en ait pu dire, elles se combinent et se concilient avec des décisions importantes auxquelles, à défaut de réflexion, on pourrait être tenté de les opposer. D'ailleurs, ces arrêts règlent le concours d'hypothèques générales avec des hypothèques spéciales; ils se rattachent ainsi à l'un des points les plus ardus du régime hypothécaire : c'est un motif de plus pour appeler l'attention du lecteur.

En pure théorie, le règlement des droits respectifs d'un créancier à hypothèque générale, première en date, et de créanciers hypothécaires spéciaux, ne paraît susceptible d'aucune dif-

[1] V. t. II, p. 398 et suiv.

Digitized by Google

ficulté. En effet, l'hypothèque, suivant la définition de la loi, est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Elle est, de sa nature, *indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles.* (C. Nap., art. 2114.) — Par suite, il est évident que le créancier à hypothèque spéciale, dont le gage unique serait absorbé par l'action d'un créancier antérieur qui ferait porter sur cet immeuble tout le poids de son hypothèque générale, ne pourrait pas exiger soit que ce dernier divisât son droit, soit qu'il fût renvoyé à le faire valoir sur les autres biens du débiteur. Le créancier à hypothèque générale répondrait victorieusement que son hypothèque s'étend à tous les immeubles de son débiteur, et qu'on ne peut le renvoyer de l'un aux autres sans mettre à son droit une restriction que ne comportent en aucune manière les dispositions de la loi. *Si generaliter bona sint obligata, et postea res alii specialiter pignori dentur : quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor, qui antea contraxit, si ab illo priore tempore tu comparasti : non oportet te ab eo, qui postea credidit, inquietari.* L. 6, au C. *Qui potior, in pig. hab.*[1]

Mais que va-t-il résulter de l'application rigoureuse du principe? Que le créancier dont l'hypothèque spéciale est primée par l'hypothèque générale perdra son gage, et que, n'ayant aucun droit sur les autres biens du débiteur, il verra peut-être des créanciers spéciaux comme lui, inscrits à la vérité sur d'autres immeubles, mais à une date postérieure, recouvrer sans difficulté leur créance sur le prix de ces immeubles désormais affranchis, grâce à son gage, de l'hypothèque générale. Et ce n'est pas tout. Indépendamment de ce résultat si manifestement contraire à l'équité, mais qu'il faut bien absoudre quand le créancier n'use du droit résultant de son hypothèque générale que dans un intérêt légitime, peuvent se produire de frauduleuses combinaisons.

C'est pour cela qu'aux diverses époques où la réforme hypothécaire a été mise à l'ordre du jour, cette situation a vivement préoccupé les réformateurs, et que toujours des moyens ont été proposés pour que la difficulté fût tranchée par la loi elle-même et ne demeurât pas livrée en quelque sorte au caprice des par-

[1] V. encore la loi 2, ff., *Qui potior. in pig. vel hyp. hab.*

Digitized by Google

ties intéressées ou aux arrangements plus ou moins avouables qui pourraient intervenir entre elles. Ainsi, en 1841, quand le Gouvernement consulta les Cours et les Facultés sur les réformes qu'il se proposait alors d'introduire dans le régime hypothécaire, divers moyens furent proposés, parmi lesquels la subrogation légale se fait remarquer comme celui qui obtint le plus de suffrages. Treize Cours et deux Facultés voulaient que ceux dont le gage particulier aurait désintéressé le créancier à hypothèque générale fussent subrogés, par une disposition formelle de la loi, aux droits de ce créancier, sans que néanmoins la part de chacun pût excéder soit le montant de sa créance hypothécaire, soit le produit de la vente du bien affecté à son hypothèque spéciale[1]. — De même, dans la discussion récente qui s'est élevée sur le même sujet, au sein de l'Assemblée législative, en 1851, ce moyen avait prévalu encore. Les premiers projets avaient gardé le silence sur la difficulté qui, dès lors, y demeurait indécise; mais elle surgit lors de la première lecture et reçut une solution qui se traduisit en une disposition votée lors de la seconde délibération, et que l'on retrouve dans l'article 2105 du projet préparé pour la troisième lecture, lequel article était ainsi conçu : « Le créancier ayant hypothèque sur plusieurs immeubles ne peut, à peine de dommages intérêts, soit renoncer à son hypothèque sur un de ces immeubles, postérieurement à la saisie immobilière par lui pratiquée ou à la sommation à lui faite de prendre communication du cahier des charges, soit s'abstenir de produire à l'ordre ouvert sur le prix de l'un desdits immeubles, si cette renonciation ou cette abstention a pour but de favoriser un créancier au détriment d'un autre créancier dont l'hypothèque est plus ancienne. — Le créancier hypothécaire qui a été primé dans un ordre par un autre créancier ayant hypothèque sur plusieurs immeubles, est, de plein droit, subrogé à cette hypothèque, mais seulement à la date de sa propre hypothèque, et sans que cette subrogation puisse excéder le montant de la créance par laquelle il a été primé. — Les mêmes règles s'appliquent aux priviléges sur les immeubles[2]. »

[1] V. les documents publiés par le garde des sceaux en 1844, t. I, à l'introduction, p. 194, et t. II, p. 827 et suiv.

[2] V. sur tout cela la nouvelle édition du Commentaire de M. le premier président Troplong sur les hypothèques (5e édit.), à la note 1 du nº 751.

Digitized by Google

Aujourd'hui que ces projets de réforme se sont évanouis et que la loi est restée, et restera longtemps encore sans doute, telle qu'elle a été promulguée au mois de mars 1804, on continue de se demander si elle ne comporte pas des tempéraments susceptibles de prévenir les résultats ou les combinaisons dont nous parlions tout à l'heure. Sur ce point s'est formée une jurisprudence très-nombreuse dont on ne peut se bien rendre compte si l'on ne distingue les hypothèses diverses qui peuvent se présenter.

Pour nous arrêter d'abord à l'hypothèse la plus simple, prenons le cas dans lequel un seul des immeubles du débiteur est saisi ou vendu, cas avec lequel se confond, pour la solution du moins, celui où plusieurs immeubles étant saisis ou vendus en même temps, la distribution du prix se fait dans des ordres distincts. Il est sans difficulté, ici, que le créancier à hypothèque spéciale ne peut pas exiger que le créancier à hypothèque générale qui le prime aille se faire payer sur d'autres biens que celui dont le prix est en distribution ou dans un autre ordre que celui dans lequel il produit. La Cour de Paris a jugé, à la vérité, par arrêt du 5 avril 1811, que le créancier peut, dans ces cas, être contraint à diviser sa créance, « attendu, a-t-elle dit, que si les créanciers ayant une hypothèque légale sur tous les biens pouvaient épuiser la totalité du prix de l'un d'eux dont l'ordre serait ouvert le premier, il en résulterait que les hypothèques spéciales données sur le même bien deviendraient illusoires et sans effet; en sorte que la foi des créanciers serait trompée, tandis que les biens situés dans d'autres départements se trouveraient libérés des hypothèques légales, ce qui serait contraire à l'équité. » Mais cet arrêt n'a pas fait jurisprudence; et la Cour de Paris elle-même a reconnu dans un arrêt subséquent, du 24 novembre 1814, que toute suspension ou toute division imposée au créancier porteur d'une hypothèque générale, première en date dans l'ordre des inscriptions, est inconciliable avec le droit absolu et indépendant que lui donne la priorité de son hypothèque. Elle a reconnu que ce créancier ne peut pas être tenu de se livrer à une discussion qui éloignerait son payement ou d'entreprendre de nouvelles discussions dans lesquelles se consommeraient et des frais et du temps, tandis qu'il y a déjà des sommes liquides sur lesquelles un créancier postérieur serait payé avant lui. Il a donc été admis, même par la Cour de Paris, que le créancier ayant hypothèque sur plusieurs immeubles peut

Digitized by Google

exercer la totalité de son droit sur un seul d'entre eux, sans que les créanciers même spéciaux inscrits après lui puissent le contraindre à agir autrement, et en particulier à diviser sa créance et son droit hypothécaire.

Qu'a-t-on mis alors à la place de ce système de division si contraire à la lettre et à l'esprit de la loi? On a imaginé en premier lieu le système de la *subrogation légale;* mais tous ceux qui l'ont admis ne lui ont pas donné la même base. Les uns l'ont fait résulter de l'article 1251, n° 1, du Code Napoléon, qui établit la subrogation « au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques. » D'autres se sont rattachés aux articles 553 et 554 du Code de commerce, d'après lesquels les créanciers chirographaires reprennent, dans la collocation immobilière des créanciers, une valeur égale à celle que ceux-ci ont reçue dans la distribution du mobilier. Mais, quant à ce deuxième aspect du système, il est clair que le créancier à hypothèque spéciale ne peut trouver aucun secours dans les articles précités du Code de commerce; car si, dans le cas que ces articles prévoient, les créanciers chirographaires prennent une partie de la masse hypothécaire, c'est que les créanciers hypothécaires sont payés intégralement : il y a donc non pas subrogation, mais seulement un reliquat perçu, un droit certain à ce reliquat; il n'y a pas création d'un droit au préjudice d'autrui, comme cela aurait lieu dans la substitution, par le seul effet des articles précités, du créancier spécial au créancier à hypothèque générale. D'un autre côté, et quant à l'article 1251 du Code Napoléon, il est évident que l'application n'en pourrait être faite qu'au moyen d'une extension inadmissible. Il faut pour cela aller jusqu'à dire que l'hypothèque du créancier spécial n'est que la représentation de ses deniers prêtés, en sorte qu'employer cette hypothèque spéciale au payement d'un créancier antérieur, c'est rentrer en réalité dans le cas prévu au n° 1 de l'article précité. Or la disposition de la loi s'entend évidemment d'un payement fait à un créancier préférable par celui qui est lui-même créancier, et matériellement des deniers de celui-ci. Donc elle ne peut pas être étendue au cas dont il s'agit ici, cas dans lequel le payement étant effectué sur les deniers provenant de la vente des biens du débiteur, il est fait, dans la vérité des choses, par le débiteur lui-même et non par le créancier.

Digitized by Google

Ainsi, à aucun point de vue et sous aucun rapport, ce système n'est dans la loi; et ce qui prouve surabondamment aujourd'hui qu'il n'y est pas en effet, c'est qu'en 1851 comme en 1841 on proposait de l'y introduire. Aussi l'opinion qui dans l'origine s'était attachée à ce système[1] est-elle restée sans écho, et même a-t-elle été vigoureusement combattue[2].

La subrogation par voie de payement direct à laquelle on a songé en second lieu occupe dans la jurisprudence et dans la doctrine une place plus large. Mais il s'en faut que ce nouveau système ait été admis toujours et par tous dans ses conséquences naturelles. L'un des arrêts que nous signalons ici, arrêt qui, d'ailleurs, n'est pas sans précédents, nous en va fournir une preuve. La subrogation dont il s'agit maintenant donne au créancier à hypothèque spéciale un moyen très-efficace de sauver ses intérêts menacés par le créancier à hypothèque générale qui le prime. Ainsi, ce créancier payera lui-même le créancier à hypothèque générale, et par là il se trouvera subrogé à ses droits; puis, devenu maître de la situation, il produira de manière à affranchir de l'hypothèque générale l'immeuble qui est spécialement affecté à sa propre créance sur le débiteur exproprié, et fera porter ailleurs le poids de l'hypothèque générale à laquelle il s'est subrogé. Par ce moyen, tous ses droits, dont l'un était gravement compromis, se trouveront sauvegardés.

Mais cette liberté d'action que nous accordons au créancier subrogé lui a été souvent contestée. La Cour de Grenoble notamment, fidèle d'ailleurs au précédent qu'elle avait établi dans un arrêt du 14 avril 1848, juge encore dans celui du 20 août 1853, que nous signalons ici à l'attention du lecteur, que bien que la subrogation doive être admise en principe, cependant il faut reconnaître « que si l'on autorisait un créancier à hypothèque spéciale à se subroger aux droits d'une hypothèque générale, dans le but d'en profiter pour la diriger de telle manière qu'elle assure à son titre spécial un droit de préférence à un autre créancier aussi spécial, dont il savait l'inscription antérieure à la sienne,

[1] V. MM. Tarrible, au *Rép.* de Merlin, v° *Transcription*, § 6; Battur, t. I, n° 139, et Duranton, t. XIX, n° 390. V. aussi Paris, 31 août 1810, et Rouen, 14 mars 1826.

[2] V. MM. Grenier, t. I, n° 179; Delvincourt, t. III, p. 163, note 9; Dalloz, *Des hyp.*, p. 398, n° 15; Troplong, t. III, n° 758. — V. aussi Cass., 17 août 1830; Poitiers, 22 avril 1825; Lyon, 27 avril 1828; Rouen, 15 janv. 1839.

Digitized by Google

ce serait bouleverser la base du système hypothécaire, en changer le but, puisque, de cette manière, il rendrait illusoires les garanties qui reposent sur l'intention des parties, sur le rang accepté par les divers créanciers, et sur l'interprétation la plus équitable des termes et de l'esprit de la loi. » Telle est aussi l'opinion développée par M. le premier président Troplong au n° 755 de son *Commentaire sur les priviléges et hypothèques*.

Nous ne pouvons cependant nous empêcher de la regarder comme fort contestable. Sans doute, si la subrogation n'était qu'un moyen frauduleux combiné entre le subrogeant et le subrogé, ou encore si elle n'était employée que par malice et sans cause, rien ne serait plus raisonnable ni plus juste que de déjouer la fraude en refusant ses effets à la convention. Mais si elle n'a été faite que dans cet intérêt si légitime qu'a tout créancier de s'assurer le payement de sa créance, nous ne pouvons voir dans les restrictions qu'on prétend lui imposer qu'un principe méconnu dans ses conséquences légales et la substitution arbitraire d'une convention non prévue par le législateur à la convention définie et déterminée par la loi. Il faut remarquer, en effet, que la subrogation n'est pas une de ces conventions dont il soit loisible de changer le caractère et de modifier les effets. Légale ou conventionnelle, elle place le tiers qui paye dans les droits, actions, priviléges ou hypothèques qu'avait contre son débiteur le créancier qui reçoit son payement (C. Nap. 1249 et suiv.). Rien n'est assurément plus clair que ces dispositions de la loi, et comme nous le disions dans cette *Revue* même, à l'occasion d'un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 29 janvier 1851 (V. t. II, p. 403), c'est manifestement les méconnaître que de contester au subrogé, sous le prétexte d'un préjudice indirect qui pourrait en résulter pour un tiers, l'exercice d'un droit contre le débiteur, dans la mesure même où ce droit aurait pu être exercé par le subrogeant. On admet sans difficulté que l'hypothécaire général désintéressé aurait pu porter sur tel ou tel immeuble son hypothèque générale; il ne saurait dès lors être douteux que l'hypothécaire spécial qui a succédé au droit du premier en le désintéressant ne le puisse également. Nous écartons, d'ailleurs, la considération prise de l'antériorité des inscriptions, d'une part, parce que l'antériorité existe toujours en faveur de l'hypothèque générale qui n'est pas éteinte, mais qui a passé d'une main à une autre; et d'une autre part, parce que

Digitized by Google

cette considération, toute-puissante lorsqu'il s'agit de classer des inscriptions sur un même immeuble, est hors de cause et sans valeur dès qu'il s'agit d'inscriptions prises sur des immeubles différents. Il nous paraît donc incontestable que le créancier subrogé a le choix, comme l'aurait eu le créancier subrogeant lui-même, des immeubles sur lesquels il veut faire porter sa collocation. C'est ce que décide l'arrêt de Bourges, du 18 janvier 1854, que nous signalons ici avec celui de la Cour de Grenoble. C'est aussi ce qu'avaient décidé la Cour de cassation le 4 mars 1833, et la Cour de Bruxelles par son arrêt précité, du 29 janvier 1851.

On ne saurait se dissimuler néanmoins que ce moyen ne supplée en aucune manière aux lacunes de la loi actuelle, et qu'il ne remplace nullement le système de la subrogation légale telle qu'elle était proposée dans les projets de réforme de 1841 et de 1851. Quelque efficace qu'il soit pour le créancier qui se subroge au créancier à hypothèque générale par le payement qu'il lui fait, il ne prévient pas les résultats si peu équitables qui peuvent se produire dans le concours des hypothèques générales avec les hypothèques spéciales. On pourrait lui reprocher d'abord de n'être pas aisément praticable. Un créancier hypothécaire spécial sera-t-il toujours en position de rembourser le créancier qui le prime pour se mettre à sa place? Et quand la meilleure part de sa fortune consistera peut-être dans le placement que son hypothèque garantit, comment s'y prendra-t-il pour désintéresser le créancier qui menace son gage?

Et puis, supposons que l'obstacle soit levé et que la subrogation s'accomplisse, qu'aura-t-on obtenu? La sécurité personnelle du créancier subrogé, rien de plus. Mais de menacé qu'il était, il deviendra menaçant : il fera vis-à-vis d'un autre créancier spécial ce que le subrogeant aurait fait vis-à-vis de lui-même; en sorte que le danger restera le même, il sera seulement déplacé. Ainsi, en définitive, on peut dire que dans l'état actuel de la législation, il n'y a pas de moyen légal, dans ce premier cas de concours, pour soustraire le créancier spécial aux effets de l'indivisibilité de l'hypothèque générale d'un créancier antérieur.

2. Voici maintenant la seconde hypothèse dans laquelle peut se produire le concours des hypothèques spéciales avec l'hypothèque générale : c'est lorsque tous les immeubles grevés de

Digitized by Google

l'hypothèque générale étant saisis ou vendus, la distribution du prix s'en fait par un seul et même ordre. Dans ce cas, la présence de toutes les parties à l'ordre et la facilité pour chacune d'elles de veiller respectivement à ses droits ont paru simplifier beaucoup la question. Alors, a-t-on dit, il est aisé de concilier tous les intérêts par la division de l'hypothèque générale, et de régler ensuite l'ordre et la proportion dans laquelle la collocation de cette hypothèque affectera tous les immeubles, de manière à donner aux créanciers à hypothèque spéciale qui viennent ensuite toute satisfaction, ou du moins toute la satisfaction que permettra de leur donner la somme totale du prix en distribution.

Cependant, ici encore les principes généraux ont toute leur puissance; et pas plus que dans le cas précédent, il ne faut oublier dans celui-ci que l'hypothèque, indivisible de sa nature, subsiste dans son entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. On a donc tort de poser en fait que la seule présence de tous les créanciers à l'ordre rend plus facile la division de l'hypothèque générale; de ce que tous les créanciers sont présents, il ne s'ensuit en aucune manière que celui dont le droit hypothécaire s'étendait à tous les immeubles ne reste pas le maître, dès qu'il y a intérêt, d'exercer son droit comme il l'entend et de se faire payer soit sur tous les immeubles que frappait son hypothèque générale, soit sur tel ou tel de ces immeubles qu'il lui convient ou qu'il a intérêt de choisir. L'option ne cesse pas de lui appartenir, et si elle lui a été contestée quelquefois par des créanciers à hypothèque spéciale qui avaient pris à la lettre le système que nous apprécions en ce moment, toujours est-il vrai de dire que la Cour de cassation a constamment fait justice de la prétention. Entre autres arrêts que l'on pourrait citer, nous relevons celui du 24 décembre 1844[1], par lequel elle a nettement jugé « que l'effet de l'hypothèque générale est d'affecter tous les immeubles du débiteur, de manière que le droit du créancier s'ouvre sur chacun d'eux sans égard aux hypothèques spéciales postérieures à la sienne, et en conséquence, que dans la distribution du prix des biens du débiteur affectés à la créance et vendus à différents

[1] Dalloz, 45, 1, 53; Devilleneuve et Carette, 45, 1, 113; *J. du Palais*, 1845, 1, 98.

Digitized by Google

acquéreurs, le créancier a le droit de se faire colloquer sur le prix de celui des immeubles qu'il a intérêt de choisir, soit parce que l'acquéreur lui présente plus de solvabilité, soit parce que la collocation de sa créance sur cette portion du prix doit avoir pour résultat de lui assurer le payement, sur un autre immeuble, d'une créance postérieure en date, et qui sans cela ne serait pas venue en ordre utile. » Ainsi, dans ce deuxième cas de concours, le principe de l'indivisibilité protége le créancier à hypothèque générale aussi bien que dans le premier cas, et le juge n'y saurait porter atteinte dans l'intérêt des autres créanciers porteurs d'hypothèques spéciales. Seulement, il faut dire que si le créancier à hypothèque générale ne se prévaut pas du principe, ou que si l'observation en est sans intérêt pour lui en ce qu'il reçoit, de quelque manière que procèdent les collocations, le montant intégral de sa créance, le juge peut s'en départir et dresser son règlement en conséquence. C'est ce qui résulte de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 décembre 1853, arrêt que nous signalons ici à l'attention du lecteur; et c'est en cela que cet arrêt se combine et se concilie parfaitement avec celui du 24 décembre 1844 que nous venons de rappeler. Cet arrêt autorise, il est vrai, un système de répartition de l'hypothèque générale; mais c'est uniquement parce que la répartition, faite d'office par le juge, ne faisait pas grief au créancier à hypothèque générale première en date; et il a été si peu dans la pensée de la Cour de porter atteinte au droit résultant, en faveur de ce dernier, du principe de l'indivisibilité, que, se rattachant par les motifs de son nouvel arrêt au système consacré par celui du 24 décembre 1844, elle exprime « que le créancier nanti de l'hypothèque générale pourrait seul s'opposer à la division. » Ainsi donc, ceci est bien constant, ce n'est qu'autant que le créancier à hypothèque générale est sans intérêt que le juge peut faire fléchir le principe de l'indivisibilité, et déterminer, en vue des hypothèques spéciales, les seules entre lesquelles le débat s'agite, l'ordre et la proportion dans lesquels l'hypothèque générale suivra chacun des prix en distribution.

Mais comment et d'après quelles règles le juge procédera-t-il alors? A cet égard la doctrine et la jurisprudence ont mis deux systèmes en présence. D'une part, on a dit que l'hypothèque générale doit être répartie sur tous les immeubles vendus, au marc la livre de leur valeur; et que les hypothèques spéciales

Digitized by Google

doivent ensuite être colloquées chacune sur l'immeuble qui lui est spécialement affecté, et sur la portion restée libre du prix dudit immeuble. C'est l'avis exprimé par M. Tarrible au *Rép.* de Merlin, v° *Transcription.* D'une autre part, on a dit qu'il faut prendre pour règle la date des créances hypothécaires, consacrer l'antériorité des droits acquis, et par suite faire porter l'effet de l'hypothèque générale d'abord sur l'immeuble grevé des hypothèques spéciales les plus récentes, en remontant jusqu'aux plus anciennes. C'est l'avis de MM. Grenier, t. I, n° 180; Troplong, t. III, n° 760, et Gauthier, *Traité de la subrogation,* n°s 233 et suiv.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 26 décembre 1853, prend parti entre ces deux systèmes, et se prononce pour le premier. On a dit qu'il ne condamne pas cependant le second[1]. Nous ne sommes pas de cet avis. Nous ne savons ce que la Cour de cassation déciderait aujourd'hui, si dans l'hypothèse qui nous occupe on déférait à sa censure une décision consacrant la division de l'hypothèque générale d'après la date des inscriptions. Mais il nous paraît évident qu'en s'attachant aux motifs mêmes de l'arrêt du 26 décembre 1853, le pourvoi établirait nettement qu'une telle décision ne saurait être maintenue. La Cour de cassation dit, en effet, que les créanciers dont les hypothèques portent sur des immeubles différents ne peuvent pas se prévaloir de l'ordre de leur inscription; que s'il est dans l'esprit général du système hypothécaire d'avoir égard à l'antériorité des droits acquis, néanmoins l'effet de l'hypothèque spéciale se restreint à l'immeuble qui en est l'objet, et la date des inscriptions ne peut être une cause nécessaire et légale de préférence qu'autant qu'elles portent sur le même immeuble; qu'il suffit donc que l'ordre des inscriptions soit observé dans la distribution du prix de chacun des immeubles qui en sont grevés. Ces considérations nous semblent décisives contre le système de la division fondée sur l'antériorité, et la Cour de cassation s'y attacherait d'autant plus peut-être que c'est par un retour de jurisprudence qu'elle y est arrivée en 1853. Le système de répartition que son récent arrêt a fait prévaloir avait été condamné, en effet, par un arrêt antérieur du 16 juillet 1821. Ce

[1] V. l'excellente annotation de M. Gauthier qui accompagne cet arrêt dans le *Journal du Palais*, 1854, 1, 545.

Digitized by Google

n'est pas probablement pour l'abandonner encore que la Cour de cassation y revient aujourd'hui. D'ailleurs, et en définitive, la répartition est ce qu'il y a de plus équitable et en même temps de plus conforme à la loi ; seule elle conserve une juste balance entre les droits des créanciers; seule, comme le dit M. Tarrible, elle assure à chacun l'avantage de la spécialité et du rang qu'il a obtenu, en ne lui faisant supporter, dans la somme absorbée par l'hypothèque générale qui le prime, que la part sur laquelle il a dû compter en comparant le montant des créances garanties par cette hypothèque avec la valeur des immeubles sur lesquels elle portait en première ligne. C'en est assez pour justifier le système et pour affirmer que l'arrêt qui le consacre a une valeur doctrinale qui ne permet pas d'en renfermer la décision dans le cercle étroit d'une spécialité.

3. — (Cassation, 22 novembre 1853 ; *Journ. du Palais*, 1854, 1, 166.) — En principe, dans le régime de la communauté légale, les engagements contractés par la femme sans une autorisation au moins tacite de son mari sont nuls, et ne peuvent être opposés ni au mari ni à la communauté; ceci n'est qu'une suite de la prépondérance accordée à l'autorité maritale dans ce régime d'association conjugale. Et cette prépondérance est telle que la femme fût-elle autorisée par la justice, l'engagement qu'elle aurait pris avec cette autorisation ne saurait, sauf quelques exceptions, lier la communauté. C'est ce qu'exprime l'art. 1426 du Code Napoléon, aux termes duquel « les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et *même avec l'autorisation de la justice*, n'engagent point les biens de la communauté. » La jurisprudence a fait une application spéciale de la règle aux condamnations prononcées contre la femme qui, sur le refus du mari, s'est fait autoriser par la justice à suivre un procès, en décidant que ces condamnations ne doivent être supportées ni par le mari ni par la communauté.

Mais on peut se demander s'il en doit être de même dans le cas où, comme celui d'une demande en séparation de corps, l'autorisation dont la femme a besoin pour être habilitée à agir doit nécessairement émaner de la justice. L'arrêt du 22 novembre 1853 que nous citons ici statue dans cette hypothèse; toutefois, il a dû se restreindre au seul cas qui était en question, et il n'est pas sans intérêt d'en compléter la doctrine par l'appréciation succincte, des divers cas qui peuvent se présenter.

Digitized by Google

La demande en séparation de corps peut être introduite soit contre la femme, soit par la femme elle-même. Dans la première hypothèse à laquelle ne se rattache pas l'arrêt précité, la femme a dû subir le procès, et si elle l'a gagné; c'est à-dire si la demande a été rejetée, on comprend que les frais auxquels l'instance a donné lieu sont à la charge de la communauté, et qu'il n'y aurait aucun motif raisonnable d'en grever les biens personnels de la femme. Que si au contraire la demande a été accueillie, et partant si la femme a perdu le procès, il y a là le principe d'une faute personnelle à la femme et dont il est juste qu'elle supporte les conséquences. Mais ce ne doit être que par voie de récompense; car l'action ayant été mise en mouvement par le mari, chef de la communauté, les créanciers des frais seront fondés à s'adresser au mari ou à la communauté pour avoir payement de ces frais, même de ceux prononcés contre la femme. Seulement la communauté n'en fera que l'avance, et à la liquidation, la femme, même dans le cas où elle renoncerait à la communauté, fera récompense de ce que le fonds originairement commun aura dépensé pour elle de ce chef. C'est la solution émise par M. Glandaz, Encyclop., v° *Communauté conjugale*, n° 169; nous l'avons adoptée également en exposant les règles de la communauté dans le Traité du contrat de mariage que nous avons publié avec notre ami M. Rodière (t. I, n° 610); et nous ne croyons pas qu'elle ait été contestée.

4. Dans la seconde hypothèse, quand la demande est formée par la femme, il est très-certain en doctrine et en jurisprudence que la disposition de l'art. 1426 du Code Napoléon, suivant lequel les actes faits par la femme sans le consentement du mari et même avec l'autorisation de justice n'engagent pas les biens de la communauté, ne fait pas obstacle à ce que les tribunaux accordent à la femme des provisions destinées à subvenir tant à ses besoins personnels qu'aux frais du procès. Et c'est ce que décide l'arrêt précité du 22 novembre 1853. L'arrêt ajoute que dès que la provision ayant pour destination spéciale les frais du procès est accordée à la femme, cette provision est acquise, du jour même de la prononciation du jugement, à l'avoué de la femme, pour le remboursement de ses frais, quel que soit le résultat ultérieur de la demande, et par suite que l'avoué peut agir, dans ce cas, contre le mari, pour le payement des frais, bien que depuis le jugement, l'action de la femme ait été éteinte

Digitized by Google

par suite de réconciliation. Nous admettons cela au point de vue de l'officier ministériel, à la condition toutefois que ses frais ne dépassent pas le montant de la provision accordée[1].

Mais si une provision n'avait pas été demandée, ou si celle qui aurait été obtenue était insuffisante, la communauté serait-elle tenue des frais ou de l'excédant? Ici revient la distinction entre le cas où la femme a réussi dans sa demande et celui où elle a succombé.

Si la demande est accueillie, les frais doivent être supportés par la communauté; cela ne paraît pas contestable.

Au contraire si elle a été rejetée, il n'est pas possible d'admettre la théorie de quelques arrêts d'après lesquels les frais seraient à la charge soit de la communauté, soit du mari, sauf son recours contre la femme. Le texte de l'art. 1426 du Code Napoléon résiste à cette doctrine; la justice y résiste également. Quoi de plus injuste en effet que de rechercher la communauté et partant le mari pour des frais faits aussi manifestement contre lui que ceux d'une demande en séparation de corps introduite par la femme sans fondement[2]?

5. — (Bourges, 4 décembre 1854 (aud. solenn.); *Dalloz*, 54, 2, 270; *J. du Pal.*, 1855, 1, 113; *Devill. et Car.*, 54, 2, 683.) — Cet arrêt, comme tant d'autres que nous pourrions relever également[3], est encore le résultat de la lutte que devait exciter la jurisprudence récemment inaugurée par la Cour de cassation sur les reprises et prélèvements de la femme mariée sous le régime de la communauté, et sur la nature du droit qui lui appartient, eu égard aux créanciers de la communauté. Nous avons, à deux reprises différentes, présenté dans cette *Revue*[4] des observations si détaillées contre le droit de préférence accordé à la femme par la Cour de cassation, que nous devons nous interdire ici une discussion nouvelle. D'autres, d'ailleurs, sont venus qui ont repris le sujet avec tant d'autorité et qui ont

[1] V. l'arrêt du 11 juillet 1837; *J. du Pal.*, 1837, 2, 255.

[2] V. Limoges, 28 avril 1813; Cass. 11 juillet 1837; Paris, 8 janvier 1841. V. aussi notre *Traité du contrat de mariage*, *loc. cit.*, et les autorités qui y sont indiquées.

[3] V. Amiens, 11 juillet 1853 et 9 janvier 1855; Douai, 8 avril 1851; Paris, 2 décembre 1854; Rouen, 22 juillet 1854; Cassation, 2 janvier 1855 (*J. du Pal.*, 1854, 2, 248; 1855, 1, 112, 113, 119, 138). Dijon, 3 avril 1855 (Devill. et Car., 55, 2, 209).

[4] V. t. III, p. 436, et t. IV, p. 522.

Digitized by Google

mis dans une si vive lumière la vérité de la thèse que nous avons soutenue[1], qu'il y aurait plus que témérité de notre part à reprendre la question dans son ensemble.

Mais l'arrêt de Bourges a eu ceci de particulier que, bien que contraire, et par de très-graves motifs selon nous, à la jurisprudence de la Cour de cassation, il a été comme le point de mire d'une dissertation dans laquelle M. Jousselin, procureur impérial à Étampes, se porte le défenseur très-absolu de cette jurisprudence. Cette dissertation sera notre excuse pour les lignes qui suivent : nous rentrons dans le débat, non pas pour reprendre la question, non pas même pour défendre la Cour de Bourges contre des critiques fort vives, et peut-être trop dédaigneuses, mais uniquement pour faire notre examen de conscience sur quelques points détachés où l'auteur nous fait l'honneur de nous prendre personnellement à partie.

Nous nous arrêterons à peine au premier, car nous aurons ici contre M. Jousselin une autorité si précise, si positive et si considérable, que M. Jousselin lui-même ne saurait la récuser. Il n'est personne qui, sur la grave question dont il s'agit ici, n'ait pu mettre la Cour de cassation en opposition avec elle-même. La préférence accordée à la femme par les arrêts du 15 février 1853 et du 11 avril 1854 est fondée uniquement sur cette idée, que la femme serait *propriétaire* de ses reprises. Or la Cour avait dit, notamment le 22 novembre 1837 et le 28 avril 1838, que la femme est simplement *créancière*. L'opposition est donc évidente ; elle doit frapper les yeux de tous. M. Jousselin ne la voit pas cependant. « Ces dernières décisions, dit-il, » malgré les quelques motifs de droit civil qui les précèdent, » ont été évidemment rendues *au point de vue restreint de la loi* » *fiscale*, et aucune d'elles, *quoi qu'en dise M. Pont*, n'a eu à » préciser d'une façon générale et absolue le vrai caractère des » reprises mobilières de la femme... » Ainsi, M. Jousselin en est encore à penser qu'il y a un droit civil à l'usage des relations ordinaires de la vie et un autre droit civil à l'usage de l'enregistrement, et que de l'un à l'autre ordre d'idées les

[1] V. notamment, dans cette *Revue*, les aperçus ingénieux et savants présentés par M. Serrigny, professeur à Dijon, t. V, p. 162, et par M. Ancelot, avocat général à Riom, *infrà*, p. 408, et dans le journal *le Droit*, numéro du 25 avril 1855, l'étude remarquable de M. Valette, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Digitized by Google

principes peuvent varier du blanc au noir! Nous pourrions répondre à cela que la distinction est quelque peu surannée; qu'elle tentait déjà de se faire jour dans l'ancien droit et qu'elle y était généralement condamnée, comme on peut s'en convaincre par le *Traité des droits seigneuriaux* de Boutaric, où on lit : « On n'est que trop accoutumé en toute cette matière » à voir abandonner sans peine les grands principes pour suivre des vues arbitraires. Il faut avoir des règles fixes, invariables et certaines; *autrement on ne fait que brouiller les » choses et porter le désordre dans la société.* » Mais à quoi bon cela? Il vaut mieux aller au plus pressé. Les arrêts de 1837 et de 1838, dit M. Jousselin, sont rendus en matière d'enregistrement. D'accord. Mais la Cour de cassation a eu à statuer dans la même matière, après ses arrêts de 1853 et de 1854. Eh bien! dans cette même matière, pour se mettre en rapport avec ces derniers arrêts de 1853 et 1854, elle a rétracté, le 2 janvier 1855[1], ceux de 1837 et de 1838, et elle les a rétractés au prix d'un droit de mutation dont on sait que la Cour de cassation n'est pas généralement disposée à faire litière. Certes la rétractation n'est pas heureuse, nous persistons à le penser; mais elle prouve, du moins, que même aux yeux de la Cour, il y avait, entre ses divers arrêts, un peu de cette discordance et de cette opposition que nous leur avions reprochée. Qu'en pense M. Jousselin?

Le second point sur lequel nous avons excité les susceptibilités de notre contradicteur se rattache plus directement à l'idée de propriété, qui est la base de la jurisprudence nouvelle. L'idée, avons-nous dit, est relativement inexacte, car il n'est pas douteux que la femme est simplement créancière, du moins par rapport aux meubles réalisés qui prennent la qualité de *propres imparfaits*, et aux propres de toute nature qui sont aliénés et convertis en argent comptant, sans aucune clause d'emploi ou de remploi qui en continue l'exclusion : de ces propres, la communauté devient propriétaire elle-même par la force des choses, puisqu'elle en a la jouissance et qu'elle n'en peut user et jouir qu'en les consommant, en les dénaturant. Mais M. Jousselin nous arrête encore ici, et dans une note qu'il nous consacre, il nous reproche, et même assez vivement,

[1] V. Dalloz, 55, 1, 33; Devill. et Car., 55, 1, 10; *J. du Pal.*, 1855, 1, 119.

Digitized by Google

d'avoir dit « que la communauté supprime nécessairement » l'objet sur lequel reposait le droit de propriété de l'époux, et » par cela même ce droit. » M. Jousselin assure que c'est là une erreur manifeste, sans le prouver, d'ailleurs, autrement qu'en s'écriant : « Autant vaudrait dire que dans un usufruit de » choses fongibles, il n'y a pas de propriétaire. » Mais précisément, nous disons cela! et notre contradicteur en peut bien prendre acte.

Nous avons cru, en effet, jusqu'à ce jour, sous la foi de nos maîtres et aussi d'après nos propres réflexions, que, dans l'usufruit des choses fongibles, il n'y a pas de propriétaire, si ce n'est l'usufruitier lui-même, et que quant à celui que M. Jousselin paraît considérer comme le nu-propriétaire, il est un simple créancier. Cela serait-il changé maintenant?

Quoi qu'il en soit, M. Jousselin voudra bien convenir que nos illusions, à cet égard, ne sont pas sans quelque fondement.

Il y a d'abord les Institutes de Justinien, où, si nos souvenirs ne sont pas complétement effacés, on voit qu'autrefois les choses qui se consomment par l'usage n'étaient, ni par leur nature, ni par le droit civil, susceptibles d'usufruit; que cependant dans un but d'utilité, le Sénat avait décidé (on ne sait à quelle date) que l'usufruit pourrait être établi même sur cette classe de biens; mais qu'à leur égard l'*usufruit n'en restait pas moins inséparable de la propriété*, en telle sorte que lorsque par suite du legs de l'usufruit d'une telle chose, par exemple d'une somme d'argent, on remet la somme au légataire, on la lui remet UT EJUS FIAT; ce n'est pas l'usufruit, *c'est la propriété même* qu'on lui confère [1].

Il y a ensuite nos lois actuelles. On y voit bien que l'usufruit « peut être établi sur toute espèce de biens meubles et immeu- » bles » (art. 581); mais il y est dit aussi que « si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs; *l'usufruitier a le droit de s'en servir*, à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation à la fin de l'usufruit » (art. 587). Ceci est décisif, ce nous semble. Paul a reçu

[1] V. là-dessus les Commentaires de MM. Ducaurroy, t. I, p. 347, et Ortolan, t. I, p. 437.

Digitized by Google

en usufruit quelques pièces de vins par exemple; *il a le droit de s'en servir*, c'est-à-dire de boire le vin : Pierre, lui, qui a constitué cet usufruit, a droit tout bonnement à recevoir, un jour ou un autre, l'équivalent du vin ou le prix. Quel est donc le propriétaire véritable? N'est-ce pas Paul? Et Pierre est-il autre chose qu'un créancier?

Ainsi, même au point de vue des principes généraux, la proposition dont M. Jousselin s'est ému, pouvait nous paraître orthodoxe. Car enfin si, en principe, dans l'usufruit des choses fongibles, le propriétaire véritable est l'usufruitier, en quoi donc serait-ce aller contre l'orthodoxie de dire que la communauté, usufruitière de tous les propres de quelque nature qu'ils soient, absorbe la propriété des propres consistant en choses fongibles et ne laisse à l'époux propriétaire qu'un simple droit de créance? Ce n'est évidemment là qu'une application des principes généraux, application que la loi fait elle-même à l'occasion du prêt de consommation, lorsqu'elle dit que « par l'effet de ce prêt, l'*emprunteur devient* LE PROPRIÉTAIRE *de la chose prêtée* » (art. 1893).

Mais il y a mieux : même dans les règles spéciales à la communauté, la loi fait l'application de ce principe général aux meubles réalisés. Et en effet, lorsque l'article 1503 donne à chaque époux le droit de prélever lors de la dissolution de la communauté, *la valeur* de ce dont le mobilier qu'il a apporté lors du mariage excède sa mise en communauté, fait-il autre chose que reconnaître que la communauté est devenue *propriétaire* de la portion réalisée de ce mobilier, et que l'époux qui en a fait la réalisation n'a conservé qu'un simple droit de créance?

C'est, du reste, ce que Pothier avait dit avant la loi actuelle. Pothier auquel on ne saurait trop recourir pour l'étude des règles fondamentales de la communauté, démontre, avec sa netteté habituelle, ce déplacement de la propriété par l'effet de la réalisation du mobilier, et entre autres choses, il dit au n° 325 de son Traité : « ..... Les mobiliers réalisés ou propres » conventionnels, *se confondent dans la communauté avec les* » *autres biens mobiliers de la communauté, qui est seulement* » *chargée d'en restituer, après la dissolution, la valeur à celui des* » *conjoints qui les a réalisés*..... La réalisation de ces meubles » et leur exclusion de communauté ne consistent que DANS UNE

Digitized by Google

» CRÉANCE de reprise de leur valeur, que le conjoint qui les a réa-
» lisés a droit d'exercer, après la dissolution de la communauté,
» contre la communauté, *dans laquelle ces meubles réalisés se sont*
» *confondus ; et c'est à cette* CRÉANCE *de reprise que la qualité de*
» *propre conventionnel est attachée....* » Voilà ce que dit Pothier; nous n'avons pas dit autre chose. M. Jousselin n'en reste pas moins libre de voir dans ce que nous avons dit une erreur manifeste; cela est certain. Cependant, l'appréciation, qui est beaucoup par elle-même, nous le reconnaissons, ne perdrait rien à être prouvée : et quand Pothier, notre maître à tous, a pris le soin de dire pourquoi les choses sont telles qu'il les présente, serait-ce trop de demander qu'on nous dise pourquoi on les regarde comme devant être autrement?...

Enfin, le dernier point sur lequel M. Jousselin nous fait l'honneur de nous prendre à partie, engage la question même: Ici, quelque tenté que nous soyions de suivre notre contradicteur sur un terrain où ses pas nous ont paru souvent mal assurés, nous résisterons, car nous ne pourrions céder à notre désir sans reprendre la discussion dans son ensemble, ce que, nous le répétons, nous ne voulons pas faire. Nous nous bornerons à établir les précédents, dont M. Jousselin, à l'exemple de ses rares devanciers dans l'opinion qu'il a embrassée, nous conteste aussi le bénéfice.

Rien assurément n'est plus surprenant que la prétention de la thèse que nous avons combattue. Nous lui avons opposé cette formule si nette de Bourjon : « Si tout ce que la femme a tiré de la communauté était mobilier, ELLE NE POURRAIT PRIMER LES AUTRES CRÉANCIERS, ET ELLE NE VIENDRAIT POUR LA DÉPENSE QU'ELLE A DROIT DE FAIRE DU MONTANT DE SON PROPRE FICTIF QU'A CONTRIBUTION. » Nous lui avons opposé, non pas des citations vagues, mais des textes empruntés à de nombreux auteurs, à Bacquet, Buridan, la Thaumassière, Ferrière, Renusson, Denisart, le nouveau Denisart, Guyot et Pothier lui-même, qui tous émettent la même doctrine. Enfin nous lui avons opposé des actes de notoriété du Châtelet, notamment celui du 4 mars 1745 dont M. Jousselin a bien voulu penser comme nous qu'il a été par trop dédaigneux à l'endroit des premiers juges, actes desquels il résulte que cette doctrine s'était si bien établie dans la jurisprudence qu'au milieu du XVIIIe siècle « on ne se risquait plus, depuis cent cinquante ans, à produire la doctrine contraire,

Digitized by Google

tant elle avait été réprimée avec constance par les décisions du Parlement. »

Que répond à cela la thèse que nous avons combattue? Vient-elle, de son côté, avec des autorités en sens inverse, avec des auteurs établissant *directement* et par *une formule expresse* que dans les pays coutumiers, autres que ceux dont la Coutume en avait une disposition formelle, la femme, alors même qu'elle se trouvait en présence de créanciers, reprenait à titre de propriétaire et par préférence les valeurs mobilières de la communauté pour se payer de ses reprises? Point! Elle procède par *induction* et de quelques passages détachés qu'elle discute, qu'elle analyse, qu'elle commente, elle veut faire sortir un équivalent de cette proposition formelle qu'elle a vainement cherchée jusqu'ici et qu'elle cherchera toujours en vain!

M. Jousselin n'a pas procédé autrement. A-t-il été, du moins, mieux servi que ses devanciers dans ses propres investigations? Nullement! Comme eux, il nous renvoie à Pothier, à ce fameux n° 747 où Pothier exprime que la femme qui a prélevé la somme dont elle était créancière à raison de ses reprises, n'est pas obligée de se charger en recette du montant de ce prélèvement, attendu que n'ayant fait que se payer de ce qui lui était dû, on ne peut pas dire *que le prélèvement soit un amendement de communauté.*

Mais prenez garde! Pothier lui-même, au n° 325 de son Traité, après avoir établi que les mobiliers réalisés se confondent avec les autres biens de la communauté et que le conjoint qui a fait la réalisation n'a plus qu'une créance de reprise, ajoute : « Le » conjoint n'est pas un créancier *in specie* des meubles réalisés; » il ne l'est que de leur valeur; et *s'il s'en trouvait quelques-uns* » *en nature* lors de la dissolution de la communauté, il y aurait » seulement un privilége pour la créance de reprise en les fai- » sant reconnaître. » Or limiter le privilége aux quelques meubles qui se retrouveraient *en nature*, c'est bien l'exclure, ce nous semble, dans le cas qui se produit ordinairement, celui où les meubles n'existent plus et ont été transformés. Et alors, de deux choses l'une : ou Pothier est tombé dans une contradiction flagrante, si réellement il résulte de son n° 747 que la femme aurait un droit absolu de préférence à raison de ses reprises mobilières, à l'encontre des créanciers; ou ce n° 747 signifie toute autre chose que cela. Il faut choisir!

Digitized by Google

Pour nous, le choix n'est pas douteux. Et comme la contradiction n'est pas admissible venant d'une intelligence nette et sûre comme celle de Pothier, nous disons qu'il y a méprise et fausse entente sur la pensée qu'on lui prête à l'occasion du n° 747. Il y a méprise, car on suppose que dans la pensée de Pothier la femme et les créanciers sont présents au partage des biens de la communauté et y luttent pour la satisfaction de leurs droits respectifs, tandis que l'hypothèse que Pothier a en vue est celle d'une femme saisie de sa part par l'effet d'un partage accompli, et à laquelle un créancier inconnu jusque-là vient demander le payement d'une dette que la communauté avait contractée envers lui. Il y a fausse entente, car on suppose que la pensée de Pothier a été de donner à la femme un droit absolu de préférence sur les biens de la communauté, tandis que la pensée de Pothier n'implique pas autre chose que l'application d'un principe général en matière de payement, à savoir qu'un créancier, et dans l'espèce la femme, payé de ce qui lui est dû légitimement, est payé définitivement et n'a aucune répétition à redouter d'un autre créancier retardataire.

Mais cette appréciation est *invraisemblable*, dit M. Jousselin. En quoi donc? Parce que, ajoute notre contradicteur, ni Pothier, ni aucuns de ceux qui ont pensé comme lui, n'ont dit qu'ils limitaient leur doctrine au cas d'un partage accompli et consommé! M. Jousselin n'a pas réfléchi sans doute qu'il n'y avait aucune nécessité de le dire. De quoi s'agit-il, en effet, dans l'article auquel se rattache le n° 747 du *Traité de la communauté? Du privilége qu'a la femme de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de ce qu'elle a amendé*. Cela disait tout, car dans les principes de la communauté, si bien connus de Pothier et dont il suppose la connaissance dans ses lecteurs, ce compte que la femme doit aux créanciers et qui est l'une des conditions sous lesquelles elle est admise à jouir du bénéfice dont il s'agit, ce compte ne peut être que *postérieur* au partage. Cela est écrit tout au long dans l'un des livres qui ont le mieux résumé l'état de l'ancienne jurisprudence, nous voulons parler du *Nouveau Denisart*, où on lit, v° *Compte*, § 6, n° 1 : « On » peut distinguer deux sortes de comptes de communauté : l'un » *antérieur* ordinairement au partage, c'est celui que le survi- » vant des conjoints rend aux héritiers du prédécédé, de l'admi- » nistration qu'il a eue des biens de la communauté depuis sa

Digitized by Google

» dissolution; l'autre POSTÉRIEUR AU PARTAGE, *c'est celui qu'est tenu* » *de rendre aux créanciers de la communauté, la veuve qui, après* » *avoir accepté cette communauté, veut jouir du privilége de n'être* » *tenue des dettes que jusqu'à concurrence* DE CE QU'ELLE EN A RE- » TIRÉ. » Ainsi la pensée exprimée par Pothier dans le n° 747 se restreint d'elle-même et par la nature du sujet auquel ce numéro se rattache.

Mais enfin faut-il insister? Nous renvoyons à Pothier lui-même, non pas à un numéro détaché, mais aux dix-sept numéros qu'il consacre au même sujet, et nous demandons à quiconque en aura fait la lecture sans parti pris s'il n'est pas évident que l'auteur ne cesse pas d'écrire dans la prévision d'un partage accompli. Ici, il exprime que la femme n'est tenue que jusqu'à concurrence des biens *qu'elle a eus* de la communauté (n° 734); là il expose qu'elle peut être poursuivie sur ses biens personnels tant *qu'elle retient quelque chose* des biens de la communauté, et qu'elle n'est déchargée qu'en rendant compte aux créanciers *qui la poursuivent* de tout ce qu'*elle a eu* et en *abandonnant ce qui lui reste* (n° 737); plus loin il met en scène un créancier qui vient demander à la femme le payement *de la moitié* de ce qui lui est dû (n° 738). Or comment la femme peut-elle *avoir et retenir* quelque chose des biens de la communauté, comment peut-elle rendre compte, comment peut-elle se libérer en *abandonnant ce qui lui reste*, comment peut-on lui demander *la moitié* au lieu de demander le tout à la communauté, si les parts, dans la pensée de l'auteur, n'ont pas été faites, si le partage n'est pas accompli?....

Mais c'est surtout dans le paragraphe même où est pris le numéro qu'on nous oppose que cette pensée se manifeste dans toute son évidence. Ce paragraphe traite du compte même que la femme doit rendre. Dès le début, la situation y est clairement indiquée : évidemment Pothier suppose que la femme a retiré sa part des biens de la communauté. Elle est poursuivie par un créancier de la communauté, quand elle est nantie, et Pothier indique comment et dans quelle mesure elle devra satisfaire à la demande. Comptons, dira-t-elle à ce créancier : de ce que telle somme a été prise par moi dans la communauté, il ne s'ensuit pas que je sois tenue envers vous jusqu'à concurrence de cette somme. D'abord, j'ai payé ma part dans les frais d'inventaire et de PARTAGE : je déduis ce que j'ai payé pour cela (n° 748).

Digitized by Google

Ensuite, avant vous qui me poursuivez actuellement, un autre créancier s'est présenté auquel j'ai payé, sur mon émolument de communauté, la part dont j'étais tenue en ma qualité de commune : je déduis encore cela (n° 748). Enfin, il y a mes reprises dont j'étais personnellement créancière ; je m'en suis payée, en votre absence, soit par voie de prélèvement, auquel cas ce qui m'était dû et dont je suis payée ne constitue pas un émolument de communauté dont je vous doive compte (n° 747), soit par voie de confusion en moi-même, auquel cas cette confusion est, jusqu'à concurrence, un payement qui doit m'être alloué de même qu'on m'alloue le payement que j'ai fait à l'autre créancier dont je parlais tout à l'heure (n° 748). Et maintenant supputons : si toutes déductions faites, le résultat de la balance établit que j'ai payé, *soit à des tiers, soit à moi-même*, autant ou plus que je n'ai reçu de la communauté, je n'aurai rien amendé et je serai renvoyé de votre demande ; au contraire, si la balance établit qu'il me reste quelque chose, je vous ferai abandon de cet excédant qui seul constituera ce que j'aurai amendé de la communauté, et pour le surplus de votre créance, si surplus il y a, vous aviserez comme vous l'entendrez (n° 749).

Voilà dans toute son exactitude la pensée de Pothier ; par l'expression aussi bien que par la nature même du sujet auquel elle s'applique, elle se restreint, comme nous l'avons dit, au cas où la communauté a été partagée ; en sorte que, comme nous l'avons dit encore, c'est par une équivoque, par une méprise évidente qu'on a pris texte de là pour en faire sortir cette idée de préférence absolue que la femme aurait à raison de ses reprises mobilières, même à l'encontre de créanciers connus avant le partage et y venant exercer leurs droits. Encore une fois, cette induction est fautive ; le texte de Pothier ne l'autorise en aucune manière ; cela sera de toute évidence pour quiconque voudra faire de ce texte une lecture réfléchie. Or l'induction écartée, vous n'avez rien contre ces autorités si graves, si directes et si précises que nous avons invoquées. Ces autorités restent seules, et attestent que dans l'ancien droit la question était définitivement résolue contre la femme.

Qu'en adviendra-t-il aujourd'hui ? Nous ne savons ; mais nous avons pleine foi dans une doctrine à laquelle la tradition prête son tout-puissant appui ; et quand nous voyons comment, dans

Digitized by Google

tout ce qui touche aux principes fondamentaux de la communauté conjugale, la loi moderne a recueilli la tradition et s'y est conformée, nous croyons que l'avenir appartient à cette doctrine, et que la vérité juridique, un instant méconnue, reprendra sa place et ses droits[1]. PAUL PONT.

ÉTUDES SUR LES REPRISES ET LES PRÉLÈVEMENTS.

Par M. ANCELOT, docteur en droit, avocat général à la Cour impériale de Riom.

(*Suite*[2].)

Communauté conventionnelle. — Reprise en nature du mobilier propre. — Droit de disposition du mari. — Prélèvement des valeurs réalisées au profit de la femme. — Concours avec les créanciers de la communauté.

Le développement naturel de notre sujet nous amène à étudier le concours de la femme acceptante ou renonçante avec les créanciers de la communauté. De là, deux situations inverses qui seront tour à tour l'objet de notre examen.

§ 1. — Cas d'acceptation de la communauté.

Nos précédentes études nous ont fait adopter l'opinion que le prélèvement exercé par la femme créancière de reprises (ou ses héritiers), en regard du mari ou de ceux qui le représentent, procède non point d'un droit antérieur de propriété qui saisirait rétroactivement une portion correspondante de la masse indivise, mais bien d'une simple dation en payement qui s'opère par l'effet du partage dont elle est un des actes. Il semble tout d'abord que conclure ainsi ce soit préjuger négativement l'autre

[1] Les décisions, qui se multiplient, donnent beau jeu à cette croyance. Nous trouvons dans le journal *le Droit*, rien que pour le mois de mai, trois jugements qui tous s'élèvent contre la jurisprudence de la Cour de cassation. L'un a été rendu par le tribunal de la Seine, le 25 avril 1855 (V. *le Droit* du 6 mai); l'autre a été rendu par le tribunal de Corbeil, le 16 mai 1855 (*le Droit* du 30 mai); le troisième, à la date du 10 mai 1855, émane du tribunal de Lyon (*le Droit* du 31 mai).

[2] V. t. V, p. 260.

Digitized by Google

question : car si la femme n'est qu'une créancière chirographaire de la communauté, où serait la raison d'une délibation privilégiée à l'encontre des autres créanciers de la société conjugale? On a vu pourtant se produire à ce sujet des déductions divergentes au sein des deux doctrines relatives à l'essence du droit de reprise. — D'une part, en effet, M. Troplong, tout en imprimant à ce droit le caractère d'une créance remplie par voie *de dation en payement*, en fait naître un titre préférable à ceux qu'a régulièrement créés l'administration du mari (*Contrat de mariage*, nos 374 et suiv., 1635 et suiv.). D'une autre part, un des éminents directeurs de cette *Revue*, M. Paul Pont, tout en investissant la femme d'une propriété génératrice du prélèvement et déterminative *ab initio* de la nature mobilière ou immobilière des reprises, lui impose la loi générale de la contribution sur le gage commun (V. les livraisons de juin 1853 et juin 1854). Un autre directeur de la même *Revue*, bien malheureusement enlevé à la science dans toute la force de son esprit, a, de plus, été jusqu'à soutenir que l'attribution même à la femme d'une propriété, en vertu de laquelle elle prélève, lui rend impossible tout concours avec les créanciers de la communauté, les biens de celle-ci n'étant retirés par elle qu'avec leur condition juridique, c'est-à-dire comme gage privativement affecté aux dettes de la société dissoute (sur l'article 1472, n° 3). Ces particularités nous avertissent assez qu'il faut traiter comme complétement détachées l'une de l'autre les deux questions fondamentales dont la seconde va maintenant nous occuper. Au reste, c'est ainsi que déjà dans l'ancienne école elles étaient envisagées par certains jurisconsultes, notamment par Ferrières (art. 253 de la *Cout. de Paris*, t. III, p. 812, n° 13); on retrouve aussi cette diversité de points de vue dans un arrêt de Caen, du 19 janvier 1832, qui a précédemment fixé notre attention (V. *Nouveau Répertoire* de Dalloz, v° *Contrat de mariage*, n° 2381).

Entrer aujourd'hui dans la carrière, c'est, nous l'avouons, s'y présenter bien tard et avec une apparence de témérité. Déjà des flots de lumière y ont été répandus par les savants jurisconsultes que nous venons de nommer, et par d'autres que nous aurons à invoquer ou à combattre. Le champ de l'ancienne doctrine a été fouillé et remué dans tous les sens par de courageux explorateurs. Les dispositions de la loi nouvelle ont été profondément scrutées. Mais, il faut bien le reconnaître, l'érudition

Digitized by Google

des controversistes a été quelquefois moins heureuse que leur logique. Les solutions demandées à la vieille école, et rapportées dans chacun des deux camps comme un trophée, ont un peu ressemblé aux oracles ambigus de l'antiquité païenne. Nous avons donc pensé qu'il y avait encore à presser ce Protée du Droit ancien pour lui arracher son secret définitif, et que, si nous parvenions à l'obtenir, l'interprétation du Code actuel serait puissamment préparée sinon fixée.

Il est un point vital que nous serions tenté d'appeler le *centre de gravité* du débat. Quel est le véritable sens de l'article 1483 du Code Napoléon? En résulte-t-il que la femme acceptante qui a fait inventaire doive uniquement compte aux créanciers de ce qui excède le montant de ses reprises, lesquelles ne sauraient rentrer sous le mot *émolument?* C'est l'argument qui a décidé M. Troplong en faveur du prélèvement; c'est aussi celui qui a subjugué les sectateurs de sa doctrine. Là donc est la forteresse que ses antagonistes devaient principalement battre en brèche. *Hic opus et labor.* C'est ce qu'avait essayé dès 1852, dans une discussion trop peu remarquée des arrêtistes, l'avocat qui combattait les prétentions de la femme à laquelle l'arrêt de la Cour de Paris, du 31 décembre, a donné gain de cause (S. Dev., 1853, 2667). Il faut lire une intéressante analyse de ses moyens dans la *Gazette des Tribunaux*, du 4 janvier 1853. On y verra comment, puisant dans les règles du bénéfice d'inventaire une analogie sensible, il distingue entre les cas où la femme acceptante s'est déjà remplie de ses droits *avant* toute apparition des créanciers de la communauté, et le cas opposé où ces créanciers se présentent aussitôt la communauté dissoute pour *concourir* avec la femme dans la distribution de l'actif insuffisant à couvrir toutes les dettes de la société conjugale. Au premier cas, droit de rétention pour la femme du payement qu'elle a reçu ou s'est fait à elle-même *rebus integris.* — Au second cas, parité de droit contributoire entre elle et les autres créanciers. C'est là précisément ce qui se passe à l'égard de l'héritier bénéficiaire auquel on ne conteste pas la faculté de se payer lui-même *avant toute opposition* (V. Vazeille, *Des successions*, t. I, sur l'article 808, n° 7). Telle est aussi la théorie dans laquelle se retranchent avec énergie les nombreux jurisconsultes qui repoussent le titre absolu de la femme à une délibation privilégiée. Il y a donc un grand intérêt à rechercher

Digitized by Google

comment on entendait dans l'ancienne école l'application de ce bénéfice particulier d'inventaire que nos législateurs ont puisé dans les coutumes (V. notamment celle de Paris, art. 228), et dont rien n'indique qu'ils aient voulu changer la portée.

C'est à Bourjon, le savant auteur du *Droit commun de la France*, que nous nous adresserons en premier lieu pour être initiés tout d'abord au mécanisme ingénieux des liquidations pratiquées au Châtelet. Il y a là une lumière qui se projetera très-utilement sur les diverses faces de notre sujet.

Trois modes de réalisation de la reprise du propre fictif sont à distinguer : la *compensation*, la *délibation* et la *confusion* (t. I, pag. 434 et 614). — Le premier de ces modes est appliqué quand chacun des conjoints est créancier de reprises soit égales soit inégales. Si elles sont égales, on en fait de part et d'autre abstraction en les compensant, et l'on divise la masse en deux moitiés. Si elles sont inégales, on les balance jusqu'à concurrence de la plus faible, et l'excédant seul forme l'objet d'un prélèvement. Mais il faut sous-entendre toujours que l'actif de la communauté suffisait pour faire face aux deux reprises; car s'il en était autrement, la femme qui a un droit de préférence à cet égard, exercerait les siennes sans compensation aucune.

La reprise par voie de *délibation* n'est autre chose que le prélèvement effectué sur la masse en faveur de chaque époux du montant de son propre fictif. On ne procédait ainsi au Châtelet que dans le cas où il y avait *deniers* suffisants pour faire face aux droits respectifs.

Au cas contraire, on recourait à la *confusion*, procédé qui ne peut être bien expliqué qu'en opérant sur une espèce. Voici l'exemple de Bourjon : — masse de 100,000 francs, — reprise de 10,000 francs, due à l'époux rendant compte, c'est-à-dire au survivant détenteur de la masse, ou au mari en cas de séparation de biens, — reprise de 15,000 francs, due à l'époux oyant compte. On voit tout d'abord que le premier devra retirer en totalité de la liquidation 47,500 francs (à savoir, 37,500 fr. pour sa moitié des 75,000 francs qui restent, déduction faite des deux propres fictifs — et 10,000 francs pour sa reprise); et le second, 52,500 francs composés d'une manière analogue. Tel est le résultat final auquel on arrive, ainsi qu'il suit par la *confusion*. — Le rendant prend 50,000 francs pour sa part de

Digitized by Google

la masse brute. Il y trouve la moitié de la créance de 10,000 fr. qui est ainsi *confondue* dans sa personne. Il n'a donc plus à faire dépense en sa faveur que de l'autre moitié, c'est-à-dire de 5,000 francs ; ce qui lui constituerait un avoir de 55,000 fr., si l'autre conjoint n'avait rien à reprendre. Or, quelle est sa situation? il a, lui aussi, *confondu*, dans sa moitié de la masse, celle des 15,000 francs qui lui revenaient : il n'a donc plus que 7,500 à répéter. Le rendant s'en chargera en recette à son profit, et ne gardera, par conséquent, que 55,000 moins 7,500, soit 47,500 francs. L'oyant aura donc, en dernière analyse, 45,000 fr. (ou sa moitié de la masse diminuée de celle du propre du rendant), plus 7,500 fr. (moitié de son propre personnel), c'est-à-dire en tout 52,500 fr. qui, réunis aux 47,500 fr., reproduisent, en effet, la totalité de la masse. — *Ces droits respectifs*, dit Bourjon, sont ainsi *conservés et consommés* absolument comme ils l'auraient été par la délibation. Mais il y a cette différence capitale entre les deux procédés que la délibation *précède* le partage de la communauté, et règle tout à l'instant même, tandis que la confusion en est un résultat, et donne ouverture à un compte ultérieur du mi-denier non confondu. — Pour en avoir une idée plus nette encore, il faut supposer la consommation du partage de la masse, indépendamment de tout exercice de reprises. Ce partage accompli, chaque époux créancier de ces reprises en a reçu déjà le mi-denier par confusion, et a le droit d'en prendre l'autre moitié sur la part de son conjoint. Ainsi, dans l'espèce posée tout à l'heure, le rendant avait droit à 5,000 francs après confusion,— l'oyant à 7,500, — différence 2,500 en faveur de celui-ci. — Le premier avait donc à détacher cette valeur de son lot, qui descendait ainsi à 47,500 francs, tandis que l'autre s'élevait corrélativement à 52,500 francs; ou plutôt, chaque lot demeurant au niveau normal de 50,000 francs, le rendant devenait redevable de 2,500 francs envers l'oyant. C'est ainsi qu'on supplée à l'insuffisance des deniers pour fournir à la délibation. Le payement impossible *hic et nunc* est remplacé par une créance (rapp. Pothier, n° 702). Ces notions nous ouvriront le sens de divers textes de nos anciens auteurs.

En les exposant, Bourjon n'a mis en présence que les époux ou leurs représentants, à côté desquels il place toutefois la personne morale, *communauté* qui est, à ses yeux, la véritable

Digitized by Google

débitrice des reprises (pag. 434 et 612). Mais il nous faut maintenant l'écouter, sur ce qui regarde la position particulière de la femme, rendant compte aux créanciers de la communauté en vue du privilége d'obligation limitée dont elle jouit (V. 4e partie, chap. V, sect. II, Distinct. 3 et 6). Dans la première de ces distinctions, il énonce que « dans le compte qu'elle rend » aux créanciers, la femme peut coucher en dépense la totalité » de son propre fictif, parce que ce propre n'a jamais fait partie » de la communauté, et qu'il doit lui rester en entier... C'est » délibation dans tous les cas sur la communauté, *charge* et » non portion active d'icelle; » et il ajoute, en note, « que cela » est d'une jurisprudence constante au Châtelet. » Mais au numéro suivant se rencontre un tempérament notable de cette doctrine si favorable à la femme. « Cependant si tout ce qu'elle » a tiré de la communauté était *mobilier*, elle ne pourrait pri- » mer les autres créanciers, et elle ne viendrait pour la dépense » qu'elle a droit de faire du montant de son propre fictif *qu'à* » *contribution* : un pur mobilier ne peut se *distribuer* autrement, » qualité qui l'assujettit nécessairement à cette perte. C'est » accident par la nature du gage et des biens du débiteur, mais » qui ne change rien au droit qu'on vient d'établir, et considéré » en lui-même. » Sur ce point comme sur le précédent, le jurisconsulte invoqua la pratique si pleine d'autorité du Châtelet. — Dans la distinction 6, il revient au même ordre d'idées, en traitant *des déductions qu'on doit accorder à la veuve rendant compte aux créanciers de son amendement de la communauté.* Il admet d'abord la déduction au profit de la veuve, de tous les payements qu'elle a fait de bonne foi, soit aux créanciers chirographaires les plus diligents, soit aux hypothécaires venant à leur rang. Après quoi, s'occupant des reprises de la femme, il écrit ce qui suit :

« On doit lui passer en dépense dans ce compte, *selon l'or-* » *dre de son hypothèque*, la totalité de son propre fictif et la » totalité de son propre réel qui a été vendu pendant et constant » la communauté. C'est *délibation* à faire sur la masse, parce » que le prix de ces propres ne fait pas partie de la commu- » nauté. C'est donc dans un tel compte dépense à allouer; elle » est incontestable. C'est le propre de la femme auquel le mari » n'a pu donner atteinte, et non un effet de la communauté, » qui en est, au contraire, *la débitrice.* »

Digitized by Google

Si nous embrassons d'un seul regard cet ensemble d'opinions, nous n'y trouverons pas la netteté ordinaire de l'éminent jurisconsulte. Deux idées discordantes ne s'y entrechoquent-elles pas en effet? D'une part, l'admission en faveur de la femme d'une sorte de distraction privilégiée sur la masse de la valeur de ses propres ou fictifs ou réels, qui seraient toujours demeurés juridiquement hors de cette masse, nonobstant la confusion matérielle. D'une autre part, la nécessité imposée à la femme de subir la loi générale de la *contribution* toutes les fois qu'elle n'a pas dans ses mains des conquêts sur lesquels frappe son hypothèque légale, malgré l'acceptation faite par elle de la communauté (rapp. Pothier, n° 757). Une conciliation pourrait être opérée s'il apparaissait que Bourjon eût exclusivement raisonné dans l'hypothèse où nul règlement n'ayant encore eu lieu, la veuve est débitrice de *toute* la masse; car alors on ne saurait la regarder comme s'étant payé quelque chose à elle-même avant liquidation, pas plus qu'un héritier bénéficiaire, tant que la succession est indivise entre lui et d'autres ayants droit. On comprendrait donc sans peine, à ce point de vue, que la femme en fût réduite à une allocation contributoire sur le mobilier. Mais, il faut le reconnaître, si Bourjon paraît indiquer cette hypothèse dans certaines notes (V. égal. celle du n° 33), il paraît aussi et bien plus clairement présupposer dans d'autres un partage déjà accompli quand les créanciers se présentent pour demander compte à la femme (V. notes des n°s 29, 34 et 44). En dernière analyse, l'auteur nous semble refuser à la femme acceptante toute attribution privative de son amendement mobilier, et lui faire ainsi une condition inférieure à celle de l'héritier bénéficiaire, qui peut, comme nous l'avons dit plus haut, se payer lui-même sans retour quand il est seul appelé à l'hérédité, ou se faire payer dans la liquidation au cas de pluralité d'appelés.

Brodeau (sur Louet, M, somme 8) va nous présenter une autre situation dans laquelle la femme devra venir contributoirement, comme le veut Bourjon, sur le mobilier.

« Jugé, au rapport de M. Larcher, en la cinquième chambre » des enquêtes, qu'en la coutume de Paris, la femme *première* » saisissante les meubles de la *communauté* pour le payement » de ses conventions matrimoniales, après la *faillite* de son » mari, n'était point préférable, mais venait à *contribution* au

Digitized by Google

» sol la livre avec les créanciers, la coutume de Paris ôtant en » ce cas particulier tout privilége (art. 179 de cette coutume). » L'annotateur indique ensuite que cet arrêt a été rendu en robes rouges, le 23 décembre 1585, sous la présidence du premier président de Harlay, et que pareil arrêt a été rendu *au Parlement séant à Tours, ledit sieur président prononçant, le mardi 2 avril* 1591. Après quoi diverses autorités sont visées dans le même sens, et des exceptions sont précisées en ce qui regarde les meubles extants en nature, et la jurisprudence spéciale des pays de droit écrit. Cet exposé de doctrine semble décisif au premier abord. Aussi l'a-t-on cité comme tel pour refuser tout privilége à la femme acceptante, créancière de la communauté, à raison de ses reprises. Mais cette induction paraîtra très-hasardée si l'on considère, entre autres choses, que le passage en question est relatif à un cas de faillite, et que, par conséquent, la femme procède en qualité de *renonçante*. D'où il suit que son action porte non point sur une *masse* qui a cessé d'exister, mais bien sur le patrimoine personnel de son mari. S'il en est ainsi, le principe de la contribution acquiert une puissance qu'il n'a pas au même degré dans l'hypothèse de l'acceptation, et il n'y a rien de tranchant à conclure quant à cette dernière de la jurisprudence rapportée par Brodeau. — On le peut d'autant moins que le même ouvrage fournit un argument aux partisans du prélèvement en faveur de la femme (C, somme 54). Après avoir retracé les origines du quasi-bénéfice d'inventaire consacré par l'art. 228 de la coutume de Paris, et passé de celle-ci dans plusieurs autres, l'auteur indique, à titre d'interprétation du statut dont il s'agit, plusieurs arrêts rendus dans la première moitié du XVIIe siècle, et notamment un arrêt de la chambre de l'édit du 10 janvier 1607 « par lequel la Cour, en infirmant la » sentence du bailli de Loudunois ou son lieutenant du 27 jan- » vier 1606, qui avait déclaré le douaire de la femme affecté » aux dettes de communauté, ordonna que la femme aurait *déli-* » *vrance* de son douaire et *deniers dotaux* à la charge qu'elle » demeurerait obligée aux dettes du mari jusqu'à la concurrence » de ce qu'elle aurait amendé de la communauté, sauf aux » créanciers de se pourvoir pour raison des prétendues obmis- » sions faites en l'inventaire. » Nous renvoyons à plus tard la recherche du véritable sens de cette jurisprudence.

C'est avec la même circonspection qu'il faut lire certains

Digitized by Google

fragments de Bacquet et de Ferrières auxquels on a également attaché trop d'importance.

Bacquet (*Traité des droits de justice*, chap. 15, n° 63, et chap. 21, nos 269 et 270) raisonne comme Brodeau (lettre M) dans le cas de *déconfiture* du mari. Il le dit expressément, et l'on voit d'ailleurs que les arrêts analysés par lui ont pour objet l'attribution du prix de divers biens meubles appartenant au mari *seul* et vendus judiciairement. C'est donc uniquement à la femme séparée de biens et renonçante que cette jurisprudence impose la réduction contributoire.

On peut encore moins douter du véritable sens de ce que Ferrières a écrit sur l'article 229 de la coutume de Paris (§§ 3, 4 et 5) : « Que si la femme, après avoir accepté la communauté, » s'en fait relever et est reçue à renoncer ayant fait inventaire » et rendant compte de ce *qu'elle a amendé* de la communauté, » elle couchera en dépense sa reprise. Si les biens de la com- » munauté ne suffisent pas pour en achever le payement et payer » les créanciers, elle vient sur les meubles avec eux à *contri-* » *bution*, sur les conquêts et sur les propres du mari du jour de » son contrat de mariage » (en vertu de son hypothèque légale). Il s'agit évidemment ici d'une femme qui devient, en définitive, *renonçante* après avoir été acceptante, et nous ne sommes plus dans la première branche de notre sujet. C'est de la même situation que s'occupe Duplessis (t. I, p. 444) ; mais il est plus favorable à la femme en ce qu'il l'admet sans distinction aucune de la suffisance et de l'insuffisance de la masse, à *coucher en dépense* le montant de ses reprises déjà perçu par elle, soit au moyen de la délibation, soit au moyen de la confusion.

Le même jurisconsulte a touché directement notre question dans sa dixième *consultation* (t. I, p. 666), dont on a fait une arme au profit de la prérogative absolue de la femme. — Des héritiers de l'épouse prédécédée sont actionnés par les créanciers de la communauté, *après* partage déjà effectué entre eux et le mari survivant, circonstance qui doit être attentivement remarquée. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure ils pourront être atteints par les dettes de la société conjugale. Duplessis répond que, en *rendant compte...*, c'est-à-dire en faisant « voir qu'il ne leur reste aucun *profit*, soit à raison des dettes » qu'ils ont déjà acquittées, ou de celles dont ils *étaient eux-* » *mêmes créanciers*, ou *des reprises* qu'ils avaient à faire pour

Digitized by Google

» leurs propres, ils doivent être déchargés à pur et à plein de » l'action de la demanderesse. » Et il en donne aussitôt le motif : « La maxime est constante que la femme et ses héritiers » ne soient jamais tenus des dettes de la communauté sinon » jusqu'à concurrence de ce qu'ils en amendent, parce qu'il n'est » pas au pouvoir du mari d'aliéner les propres de la femme, ni » par conséquent de les consommer par les dettes qu'il con- » tracte, etc. »

C'est surtout Lebrun qui, dans son ample *Traité de la communauté*, a projeté la lumière de sa doctrine sur de nombreuses faces de notre sujet.

Le privilége accordé à la femme de n'être tenue que *intra vires emolumenti* devait se présenter à son examen en plus d'une occasion. — Au chapitre 3 du liv. II (sections 1 et 5), il indique et l'origine historique et la raison déterminante de cette institution juridique. — L'origine remonte à une époque antérieure à la réformation des coutumes (au moins à 1543); toutefois cette immunité ne s'était pas constamment produite même au XVIIe siècle sous sa forme actuelle. Cédant à la pente d'une analogie sensible, on avait cru voir dans la position de la femme *une espèce d'hérédité des meubles et acquêts inventoriés* (V. Brodeau sur Louet, C, somme 54), et comme telle on lui faisait prendre (à elle ou ses héritiers) des *lettres de bénéfice d'inventaire*. Mais la jurisprudence finit par proscrire cette pratique à la fois défectueuse et superflue : — défectueuse, parce que, disait-on, la femme étant simplement un successeur *à titre particulier*, la Constitution de Justinien ne lui était pas applicable; — superflue, en ce que les mœurs françaises avaient introduit dans la *Coutume de Paris* (art. 228) et de plus en plus généralisé le bénéfice particulier qui se retrouve aujourd'hui dans notre Code. — Quant à la raison qui fonde ce bénéfice, Dumoulin l'avait formulé en ces termes : *Marito non licet onerare propria uxoris* (sur l'art. 252 de la *Coutume de Poitou*) : maxime que tous les commentateurs de la matière ont à l'envi reproduite ou paraphrasée (V. Lebrun, p. 307). On peut en faire sortir un premier enseignement, c'est que la coutume entendait uniquement assurer l'inviolabilité des biens propres *possédés* par la femme quand la communauté cessait, et nullement celle des biens du même ordre qui ne reposaient sur sa tête qu'à l'état d'*action en reprise*, c'est-à-dire de *créance*. — Il importe aussi de remarquer que Lebrun,

Digitized by Google

d'accord en cela avec tous les autres jurisconsultes les plus renommés; concluait du parallèle de la situation de la femme acceptante qui rendait compte aux créanciers *intra vires*, et de celle de l'héritier bénéficiaire, une supériorité d'avantage du côté de celle-ci en même temps qu'une ressemblance frappante (Lebrun, p. 306, n° 3; — Rapp. Bourjon, p. 595, n° 31; — Renusson, *Traité de la communauté*, partie II, chap. 1, n°s 34, 35 et 43; — Pothier, n° 737). C'était donc implicitement, mais forcément que la femme ne pouvait réclamer des prérogatives refusées à l'héritier bénéficiaire, et notamment celle de primer les créanciers en concours avec elle *avant* tout règlement. — Mais ce n'était pas interdire à la première *tous* les droits dévolus au second; et notamment la faculté de retenir *après* règlement ce qui avait été imputé sur les créances de la partie prenante. Bien loin de là, l'extrême similitude des deux positions devait faire présumer une parité d'effets hors du cercle des restrictions formellement établies. Nous sommes ainsi de plus en plus ramené à rechercher si cette faculté d'imputation n'est pas la seule qui, dans l'ancien Droit, ait été reconnue en faveur de la femme acceptante créancière de la communauté. Suivons donc à ce point de vue les idées de Lebrun, et voyons comment il envisage lui-même le mode de réalisation des droits particuliers de la femme sur la communauté dissoute.

S'agit-il de remplois non effectués qui se résolvent en indemnité pécuniaire? il en règle ainsi l'exercice (page 377, n° 108) :

« Les remplois sont du mi-denier après partage à prendre » sur la *part* du conjoint, ou du total avant *partage* et par déli- » bation : cela se doit dire de toutes les autres reprises dont la » communauté n'est que dépositaire. » On retrouve ici les notions développées par Bourjon (V. ci-dessus), et tout se renferme encore dans les rapports des deux conjoints ou de leurs représentants.

Arrivant ensuite à *la reprise des deniers stipulés propres* (pag. 379, n° 4), notre auteur introduit en scène les créanciers de la communauté, et s'applique à mettre en relief la différence de position, envers eux, du mari et de la femme. Le premier devant personnellement et indéfiniment sur ses reprises comme sur ses autres biens, tout ce que doit la communauté; la seconde pouvant exercer ses reprises avec une pleine indépendance, et avec la priorité de son hypothèque légale sur les biens

Digitized by Google

du mari. L'auteur termine à ce sujet en disant : « Cette reprise » de la femme ne peut servir à ces créanciers de la communauté » auxquels elle ne s'est pas obligée, que jusqu'à concurrence de » ce dont elle profite de la communauté. » Ce n'est pas autre chose qu'une reproduction incidente du principe régulateur de la responsabilité de la femme. Il reste donc à se demander quelle est ici la portée des mots *émolument* ou *profit* qui, pour certains jurisconsultes, renferment le nœud du problème. Lebrun prévient toute équivoque à ce sujet dans un passage ultérieur (p. 387, n° 31) où il énonce que la femme qui absorbe tout l'actif de la communauté par ses reprises *ne profite point* en réalité. Rien n'est plus exact. Mais ce qu'il importe essentiellement de remarquer, c'est l'ensemble de faits au sein duquel se produit la solution. L'auteur (au n° 29) suppose d'abord que la femme se soit fait relever de son acceptation de la communauté, et soit reçue à renoncer en faisant inventaire et rendant compte (V. à ce sujet pag. 335, n° 11 et pag. 475, n° 6). Il suppose encore *qu'elle ait été payée de ses deniers réalisés en la matière ordinaire, c'est-à-dire de moitié sur la part du mari, confondant l'autre moitié.* « En ce cas de restitution, ajoute-t-il, elle couchera en recette » dans son compte la moitié de ces deniers, laquelle elle avait » *reçue* et, en dépense le total, parce que l'acceptation de la » communauté qui était le titre de la confusion ne subsiste » plus. » Ce qui revient à dire que la femme relâchera la moitié de reprises payée par confusion, et gardera celle payée par le mari sur sa part de communauté, parce que c'est là un fait indépendant du partage anéanti par la restitution en entier. Mais là n'est pas pour nous l'intérêt de la citation. Ce que nous tenons à en dégager, c'est que le compte rendu par la femme aux créanciers est *postérieur* au règlement liquidatif et distributif de la communauté. — De cette hypothèse, Lebrun passe à celle (n°s 30 et 31) où la femme qui ne s'est pas fait relever *rend compte simplement pour n'être pas tenue des dettes au delà de son émolument.* Alors, dit-il, « elle doit faire distraction de » ses deniers réalisés en leur entier ; et s'il n'y a pas dans la » communauté de quoi les payer, ou s'il n'y a rien du tout » dans la communauté ; elle peut se venger pour le tout sur les » propres de son mari, etc. » A quelle situation faut-il appliquer cette doctrine ? évidemment à celle où ses reprises ont été *prélevées* avant partage, comme on l'induit d'ailleurs des explica-

Digitized by Google

tions données plus loin. Que fait la veuve en rendant compte *tant du contenu de l'inventaire* dont elle a été débitrice en entier, *que de ce qui lui est échu par le partage*, pour employer les termes de notre article 1483? Elle porte en dépense la distraction totale *déjà effectuée* de ses deniers réalisés, comme elle y porterait tout autre payement. — Veut-on au reste entendre qu'elle ait été, à l'exemple du cas précédemment traité, remboursée de ses reprises en la *manière ordinaire* (c'est-à-dire du mi-denier par confusion — et de l'autre moitié sur la part du mari)? Ce sera l'équivalent pur et simple de la délibation : seulement, on l'aura faite en deux opérations au lieu d'une. La femme pourra donc également la faire entrer *in totum* dans le passif de son compte d'émolument, et elle n'en procédera pas moins à l'instar de l'héritier bénéficiaire. — Suivons encore la trace de plus en plus nette de cette assimilation dans la partie de l'ouvrage où il s'agit de *l'indemnité de la femme* qui s'est obligée pour les dettes de la communauté (pag. 512, nos 14 à 19). Au n° 17, le jurisconsulte établit une espèce où *elle a payé plus de dettes qu'elle n'a eu d'effets dans le partage de la communauté.* Donc il y a eu partage antécédent au payement. Et comment, en effet, la veuve détentrice de la masse commune s'arrogerait-elle un droit de disposition sur cette masse au profit des créanciers étrangers ou d'elle-même, en ne tenant ainsi nul compte du droit parallèle des représentants du mari? Elle n'a pas plus ce pouvoir que ne l'aurait un héritier bénéficiaire à l'exclusion des autres successeurs. Il est bien vrai que par la force même des choses, la femme survivante qui a sous sa main l'actif mobilier de la communauté en est instituée la gardienne et jusqu'à un certain point l'administratrice (V. Pothier, nos 541 et suiv. — C. Nap., art. 1454). Mais ce n'est là qu'une administration purement *conservatoire* qui emporte tout au plus la faculté de payer les dettes *criardes* (V. M. Duranton sur l'art. 1454). Il est bien vrai encore que la veuve peut, transgressant ces limites, solder d'autres dettes avant tout partage et se rendre ainsi *ipso facto* inhabile à renoncer. Mais outre que cet acquittement prématuré est critiquable de la part des représentants du mari, la veuve pourrait-elle se désintéresser de la sorte au préjudice des créanciers de la communauté qui n'ont point eu le temps d'apparaître? N'anticipons pas à ce sujet et bornons-nous à recueillir le sens du passage de Lebrun. — Au n° 18, il poursuit le

Digitized by Google

cours de ses idées, et présente la veuve qui paye ainsi *après* partage comme ayant *une espèce d'administration en sa personne*, puis il nous la montre rendant compte du prix des héritages de communauté, c'est-à-dire des conquêts vendus par elle, et se faisant *employer en dépense* ce qu'elle a soldé suivant l'ordre des rangs hypothécaires. De plus, il la met à l'abri de toute action des créanciers *postérieurs* à ceux qui ont été satisfaits, en la couvrant du bénéfice de la *subrogation légale ayant lieu en tous ces cas à son profit comme à l'égard d'un héritier bénéficiaire...* Voici l'une des raisons qu'il déduit : « Dès que la coutume » oblige la veuve à payer la *moitié* de la dette, avec ce privilége » de n'en être jamais tenue au delà de ce qu'elle profite des » effets de la communauté, il est nécessaire qu'elle lui donne » ressource quand elle a trop payé, etc. » Ici encore l'auteur ne voit en la veuve qu'une obligée pour *moitié*, ce qui implique toujours qu'on a partagé; car si elle payait sur *toute* la masse, elle devrait faire un payement intégral. Il faut noter aussi la mise en parallèle de l'héritier bénéficiaire (rapp. pag. 308, n°s 8 et 9). C'en est assez, ce nous semble, pour dégager la doctrine de Lebrun des nuages qui l'ont obscurcie sous la plume des écrivains modernes. Vainement on s'est emparé, pour y trouver des arguments, de certaines locutions élastiques; par exemple de celles qui représentent la communauté comme *dépositaire* des reprises, la femme détentrice de tout l'actif comme *veillant sur ses gages*, etc. : ce ne sont là que des formes hardies d'expression d'une idée vraie dans ses justes limites. Il y a *dépôt* sans doute à ne voir que les rapports des époux entre eux, puisque chacun peut prélever. Mais y a-t-il dépôt à l'encontre des *tiers?* C'est une tout autre question. Lebrun n'a pas fait la confusion : s'il admet la femme à *retenir* (et non à poursuivre) le montant de ses reprises au détriment des créanciers, ce n'est jamais que par voie d'assimilation à l'héritier bénéficiaire, c'est-à-dire au moyen d'un compte d'administration qui présuppose un partage antérieur entre les conjoints ou leurs représentants.

Pourvu de cette lumière que d'autres fortifieront bientôt, nous pouvons déjà fixer, sans témérité, le véritable esprit de la jurisprudence rapportée par Brodeau (C, somme 54) dont nous avons donné plus haut le passage. On est tout d'abord porté à inférer du mot *délivrance* qu'il s'agit d'une prestation privilégiée faite

Digitized by Google

à la femme de *son douaire et de ses deniers dotaux* en présence de créanciers poursuivants. Mais en approfondissant l'espèce, on abandonne bientôt cette opinion. — En effet, les arrêts cités par Brodeau sont rendus dans des cas de survie de la femme qui a été ainsi en possession de fait de la masse commune. Elle n'a donc pas à poursuivre *au dehors* le gage de sa créance. D'une autre part, l'auteur mentionne et dans le texte qui nous occupe et plus explicitement encore dans les lignes qui le suivent, un *amendement* déjà retiré par la veuve. Il y a donc eu partage... Ce qui achève de le prouver, c'est que les arrêts indiqués ont tout à la fois pour objet le *douaire* et la dot. Or, quel est ce douaire? ou il est coutumier, ou il est préfix. S'il est coutumier, il se compose d'une portion des immeubles *propres* du mari, et alors il n'y a rien à conclure en ce qui regarde les biens de *communauté* échus à la femme. Mais cela seul indique que la jurisprudence en question ne se rapportait pas à un tel douaire, puisqu'elle est produite comme interprétation de l'art. 228 de la coutume de Paris relatif au lot de communauté dévolu à la femme. Elle se réfère donc au *douaire préfix* qui, le plus souvent, consistait en une *créance*, et qui, suivant l'art. 260 de la coutume de Paris, *se prenait sur la part du mari*, *sans aucune confusion de la communauté et hors part*. Donc la *délivrance* de ce douaire ne venait, en principe, qu'*après* le partage de la communauté. On voit d'ailleurs que les créanciers voulaient faire *déclarer le douaire de la femme affecté aux dettes de la communauté;* ce qui concourt à révéler qu'elle en était déjà nantie. Les conditions d'abord flottantes de l'espèce en discussion sont ainsi déterminées, et il faut nécessairement entendre que la *délivrance* octroyée par les arrêts du XVIIe siècle est une simple sanction juridique d'un règlement déjà conclu.

Tout nous ramène donc à cette distinction lumineuse, à savoir que la femme acceptante peut non pas *obtenir* à l'exclusion des créanciers de la communauté qui concourraient avec elle sur le mobilier *rebus integris*, le montant de ses reprises, mais uniquement le *retenir* par voie d'*imputation* déjà effectué soit *avant* le partage, s'il y a eu délitation, soit *pendant* et *après*, s'il y a eu tout à la fois confusion du mi-denier et prise du reste sur le lot du mari. Ce mot *imputation* est si bien dans la vérité des faits que nous le trouvons employé avec cette portée dans la note dont de Laurière a fait suivre l'article 17 du t. III du l. III

Digitized by Google

des *Institutes coutumiers* de Loysel. — Il y a lieu de penser qu'une patiente exploration des anciennes coutumes et des traités qui les expliquent, ferait découvrir bien d'autres témoignages de cette nature. Nous pouvons encore en ajouter un à ceux qui précèdent. Il est tiré du commentaire de Pelée de Chenouteau sur la coutume de Sens (p. 403, n° 14. Édit. de 1787). Voici dans quel ordre cet auteur déroule la série des opérations constitutives de la liquidation :

1° Vente des meubles; 2° acquittement des dettes passives; 3° prélèvement des deniers dotaux stipulés propres à la femme; 4° remploi des propres de la femme; 5° *id.* à l'égard de ceux du mari; 6° préciput du survivant. — Si l'on prenait cette classification à la lettre, elle aboutirait au système de M. Marcadé, suivant lequel la femme acceptante ne pourrait même concourir au marc le franc avec les créanciers de la communauté. Telle n'est pas la conséquence extrême que nous voulons en tirer. Le commentateur a, suivant toute apparence, entendu parler *de eo quod plerumque fit*, c'est-à-dire du cas où la masse suffit à toutes les charges. Mais il n'en est pas moins certain que, dans son esprit, les répétitions de la femme n'étaient munies d'aucune préférence *à priori;* car s'il avait admis la préférence, il aurait évidemment placé ces répétitions dans sa nomenclature *avant* les créances des tiers.

Le recueil de Denisart va nous fournir à son tour de précieuses données. — Au mot *préciput* (n° 14), le célèbre collecteur s'applique à faire ressortir nettement deux points de vue très-différents dans l'exercice du droit préciputaire, suivant qu'on l'envisage ou limitativement entre les époux, ou bien en regard des créanciers du mari prédécédé. « Contre les héritiers du » premier décédé, c'est une délibation privilégiée et un prélè- » vement à faire en nature en faveur du survivant.... Contre les » créanciers du premier mourant, c'est une créance purement » *chirographaire* sur les meubles pour laquelle le survivant n'a » qu'une *concurrence* avec les autres créanciers, sauf l'hypo- » thèque sur les immeubles. » Il cite ensuite un exemple. Mais nous n'avons pas besoin de le reproduire pour faire juger comment l'auteur établit la compatibilité d'un prélèvement d'époux à époux, et d'une simple action contributoire d'époux à tiers-créancier. — Au mot *remploi* (n° 14), il explique que le *conjoint n'a à ce sujet qu'une créance, et que son action ne lui*

Digitized by Google

attribue pas la propriété des immeubles de la communauté jusqu'à concurrence de ses remplois. Après quoi il rend compte d'une espèce jugée dans le sens de cette doctrine par arrêt du 2 septembre 1762 en la grand'chambre, sur les conclusions de Séguier.

Nous clorons cette revue déjà si longue dans sa rapidité par la grande autorité du jurisconsulte, qui a particulièrement servi de guide, en cette matière, à nos législateurs. — Remarquons tout d'abord l'expression générique employée par Pothier (n° 736) pour caractériser le privilége de la femme rendant compte aux créanciers. C'est une *exception contre eux*, ce qui exclut l'idée d'une initiative ou d'une *actio rei persecutoria*, et fait à la femme une position purement défensive ou *conservatoire*. Or la conservation implique une *appréhension* déjà accomplie. Mais quelle sera la combinaison du privilége avec les créances de la veuve sur la communauté? L'auteur répond au n° 740 : « La » femme a ce privilége non-seulement à l'égard des dettes dont » la communauté est débitrice envers des tiers, mais pareille- » ment à l'égard de celles dont elle est *débitrice* envers elle. » C'est pourquoi la femme qui accepte la communauté ne fait » confusion sur elle de la moitié de ses reprises de propres qui » lui sont dues par la communauté que jusqu'à concurrence de » ce qu'elle a eu des biens de la communauté, etc. » Mais ce n'est là qu'un premier aperçu. Abordons avec Pothier le *compte* que la femme doit rendre aux créanciers. Ici nous allons retrouver parfaitement distingués les deux modes de réalisation des reprises que Bourjon nous a précédemment expliqués : *délibation* et *confusion*.

Sur le premier mode, nous lisons au n° 747 : « Lorsque la » femme *s'est trouvée* créancière de la communauté d'une somme » pour ses reprises, toutes *déductions* faites de ce qu'elle *devait* » à la communauté, elle n'est point obligée de se charger en » recette de ce qu'elle a prélevé sur les biens de la communauté » pour se payer de cette somme; car la femme par ce prélève- » ment, n'ayant fait que se payer de ce qui lui était dû, on ne » peut pas dire que ce prélèvement soit quelque chose qu'elle » ait amendé, et dont elle ait profité des biens de la commu- » nauté. Au contraire, lorsque la femme s'est trouvée débitrice » envers la communauté d'une somme, et que cette somme » lui a été précomptée sur sa part au *partage* de la com-

Digitized by Google

» munauté, etc. » Le sens général et les termes soulignés dans ce passage ne portent-ils pas avec eux la plus vive lumière? N'est-il pas manifeste que la délibation s'est faite dans l'opération du partage entre les deux parties communistes, *avant* toute apparition des créanciers en tant qu'*opposants*, c'est-à-dire qu'il y a ici *deux comptes* se succédant l'un à l'autre, celui qui s'est fait dans l'intérieur de la famille et qui s'est exécuté par la voie du prélèvement, — celui qui s'agite plus tard entre la femme ainsi remboursée et les créanciers de la communauté voulant à leur tour être payés?

Voici la seconde hypothèse (nos 748-3°) : « Lorsque la femme » créancière de la communauté n'a pas prélevé au *partage* des » biens de la communauté la somme dont elle était créancière, » déduction faite de ce qui lui était dû par la communauté, on » doit lui allouer en déduction la *moitié* de cette créance dont » elle fait confusion sur elle; car cette confusion qu'elle fait » sur elle de la moitié de sa créance est un payement qu'elle se » fait à elle-même sur sa part des biens de la communauté dont » elle est créancière, qui ne diminue pas moins sa *part* que les » payements qu'elle a faits à d'autres créanciers de la commu- » nauté, etc. » L'antériorité du partage est encore plus évidente ici, puisque le payement du mi-denier au moyen de la confusion en est l'effet direct.

Cette exploration du passé ne nous autorise-t-elle pas à conclure que l'on s'est absolument mépris quand on a cru trouver dans notre vieux droit l'attribution à la femme acceptante d'une préférence *à priori* sur le gage commun? Que si nous interrogeons d'ailleurs les premiers commentateurs de notre Code, c'est-à-dire les héritiers les plus immédiats de l'ancienne doctrine, nous les entendrons proclamer les principes qu'elle vient de nous révéler. Comment par exemple, Toullier, si heureusement glorifié du titre de *Pothier moderne*, interprète-t-il l'article 1483 qui est le foyer de la controverse? Il y voit (t. XIII, nos 255-6 et 7) une assimilation (en ce qui touche la charge des dettes) de la femme acceptante et rendant compte à l'héritier bénéficiaire; et, partant de cette prémisse, il enseigne que si, dans un partage effectué *avant qu'il y eût des oppositions formées, la femme avait fait tous ses prélèvements, et s'était fait payer de tout ce qui lui était dû tant par la communauté que par son mari, ce serait une affaire irrévocablement terminée contre*

Digitized by Google

laquelle les créanciers ne pourraient revenir si ce n'est en cas de fraude. MM. Delvincourt (t. III, p. 38, n° 3) et Duranton (t. XIV, n° 358) ne professent-ils pas, quoique moins explicitement, la même opinion? La pratique du notariat n'en a-t-elle pas toujours été la vivante sanction? Il faut arriver jusqu'à nos jours pour rencontrer ce qui est à nos yeux l'hérésie. Mais toutefois quelle résistance imposante s'est dressée contre l'invasion de cette nouveauté téméraire! Nous pourrions dénombrer une épaisse phalange de jurisconsultes (magistrats, avocats et professeurs) qui ont livré combat à la jurisprudence inaugurée par la Cour suprême. Dans la lice ouverte par cette *revue*, MM. Pont, Mimerel et Serrigny ont déjà mis en œuvre toutes les ressources d'une argumentation puissante. Nous nous garderons bien de reproduire, en les affaiblissant, les raisons décisives qu'ils ont tour à tour demandées à la prévision de conséquences funestes soit dans le passé, soit dans l'avenir; aux traditions juridiques qui ont engendré la loi contemporaine; à une scrutation approfondie de cette loi dans sa lettre et son esprit, et enfin à des considérations d'un ordre élevé sur l'anomalie du privilége dont la femme est investie par la jurisprudence régnante. Non contents de justifier leur propre thèse, ils ont pris corps à corps et terrassé les objections qui l'impugnaient, notamment cette incroyable conception d'une *masse des biens* distincte de la communauté et dans laquelle la femme viendrait paisiblement reprendre à titre de *propriétaire exclusive* la valeur de ses propres transformés. Véritable *clef* (ou plutôt talisman) qui, nous dit-on, reposait inaperçue dans l'article 1468, et qu'une trop tardive découverte a fait apparaître pour dissiper *tous les ambages*... Nous retrouverons cette merveilleuse conquête en traitant du cas de renonciation à la communauté, et peut être en parlerons-nous plus au long à l'exemple de MM. Devilleneuve et Dalloz qui ont cru y saisir une justification solide de l'arrêt du 11 avril 1854. — En dehors des travaux précieux que la *Revue critique* a publiés, il serait difficile de rencontrer un point de vue vraiment nouveau, on peut seulement glaner quelques aperçus auxiliaires. C'est ainsi que M. Fouet de Conflans, dans une dissertation rapportée en note par M. Devilleneuve (1853, 2, 530), a très-ingénieusement dit : « L'article 1483 n'est pas » même relatif aux droits de la femme contre les créanciers de » la communauté, mais uniquement aux droits de ces créan-

Digitized by Google

» ciers *contre la femme* qui a accepté la communauté. » La position de la femme est donc bien, comme nous l'avons dit, la défensive après obtention, et non la poursuite en concours afin d'obtenir. Le même jurisconsulte n'a pas été moins judicieux quand il a écrit ; « Si les femmes doivent se faire payer de leurs » indemnités sur le mobilier avant de passer aux immeubles, » c'est pour qu'elles ne puissent exproprier leur mari qu'à la » dernière extrémité et non pour leur procurer un *gage ta-* » *cite*, etc. » Or, c'est précisément cette idée d'une tacite impignoration qui fait le fond de l'erreur que nous combattons. C'est donc avec un parfait à propos que MM. de Conflans, Pont et Bertauld (dans la brochure sur l'hypothèque légale des femmes mariées, pages 13 et 107) ont fait intervenir dans le débat l'art. 181 de la coutume de Paris et les articles 2092 à 2094 du Code Napoléon; le premier pour expliquer comment la femme déjà *saisie de son gage* par un règlement liquidatif peut *garder* le recouvrement de ses reprises à l'encontre des créanciers de la communauté; les seconds pour écarter toute préférence en sa faveur quand elle est purement et simplement en face *du gage commun*, avant tout règlement. — Pour nous, notre but à peu près unique a été de mettre, s'il se peut, hors de tout débat le dictamen de l'ancienne jurisprudence, persuadé que notre cause serait ainsi gagnée devant tout esprit impartial. En effet, comme l'a très-heureusement dit M. Pont, *nous sommes ici dans un ordre d'idées qui découle tout entier de la tradition. Le Code Napoléon n'a rien créé dans le point qui nous occupe.* Et comment imaginer que l'art. 1483 qui n'est que l'écho de l'art. 228 de la coutume de Paris, porte mystérieusement, nous ne dirons pas dans ses termes, mais dans son *silence*, toute une révolution juridique en cette matière? Il y a même cela de notable dans sa rédaction, comme le signale M. Fouet de Conflans, qu'il oblige la femme à rapporter aux créanciers le *contenu total* de l'inventaire; ce qui trouverait une application particulière quand la femme survivante détient matériellement l'actif de la communauté *avant* tout partage, si elle avait alors la prétention d'être payée par privilége. Avoir justifié notre thèse dans le passé, c'est donc l'avoir justifiée dans le présent. Nous n'avions pas d'autre ambition.

Avant de finir, nous ne pouvons nous refuser le spectacle des aberrations trop évidentes auxquelles d'éminents juris-

Digitized by Google

consultes ont été entraînés par la fatalité d'un faux principe.

On sait combien est contestable et contesté l'effet de l'hypothèque légale de la femme acceptante sur les conquêts aliénés ou précédemment affectés par le mari. C'est un épineux problème légué par l'ancienne école à la nouvelle, et qui semble avoir mis en défaut jusqu'à la logique et la clarté de Pothier (V. nos 752 et 757). M. Bertauld l'a soigneusement scruté dans son instructive brochure (p. 1 à 68). La jurisprudence n'y a jeté qu'une vacillante lumière. L'embarras était de se prononcer entre deux intérêts dont l'un, celui de la femme, rencontre un sérieux obstacle dans sa qualité d'*associée* voulant se pourvoir avant les tiers sur le *gage* social. Mais voici un moyen de solution des plus tranchants et des plus imprévus. Supprimez un des droits en conflit, et le conflit aura cessé, c'est ce qu'ont fait MM. Dalloz (*Nouveau Rép.*, v° *Contrat de mariage*, nos 3298 et suiv.). Prenant pour point de départ le prélèvement privilégié à titre de propriétaire, ils en font découler un effet rétroactif qui aura la vertu d'anéantir toutes les aliénations et les affectations de conquêts opérées par le mari postérieurement à la *cause* née des reprises de la femme, si les biens existants dans la masse ne suffisent pas à les couvrir. Les objections si puissantes de M. Troplong (n° 1646) leur paraissent *graves;* mais ils les font céder pourtant à cette raison que *par une sorte de transformation de sa chose*, la femme qui a versé dans la communauté le prix d'un de ses propres a *acquis un supplément de la copropriété qui ne peut pas plus être hypothéqué* (*ou aliéné*) *par le mari sans le consentement de sa femme que ne l'eût pu l'être son propre même.* C'est donc aux tiers de *se mettre en sûreté par l'obligation personnelle de la femme.* S'ils ne l'ont pas fait, tous leurs droits *acquis* sur les biens de communauté s'évanouiront. La femme n'aura donc pas besoin, comme le suppose Pothier (n° 757), de se retrancher dans l'antériorité de son hypothèque légale; il lui suffira de dire : J'ai été juridiquement propriétaire des conquêts nécessaires à l'exécution de mes reprises dès l'instant où une créance est née; donc tous les actes ultérieurs de mon mari, quant à ces biens, sont à mon égard *merum factum.* Déjà la Cour suprême, dans son arrêt du 1er août 1848 (V. M. Troplong, n° 1649), avait déduit de la rétroaction qui fait réputer la femme *propriétaire ab initio* des conquêts à elle attribués pour ses reprises, l'évanouissement de

Digitized by Google

son hypothèque légale comme ne pouvant frapper *ses propres biens;* mais l'arrêt avait, au contraire, indiqué par voie de contraste que les hypothèques constituées par le mari au profit des *tiers* doivent tenir comme étant censées l'œuvre collective des deux époux personnifiés dans le chef de la société. MM. Dalloz franchissent résolûment cette barrière, et l'on ne peut nier que la logique à outrance ne soit pour eux. C'est à la conséquence de faire juger du principe.

Une autre s'est produite qui est bien plus extraordinaire encore. — La condition privilégiée faite à la femme même *renonçante* par la jurisprudence actuelle de la Cour suprême devait susciter des prétentions sans mesure : elles n'ont pas manqué d'apparaître. On a vu des femmes revendiquer, au cas de *faillite* de leurs maris, un prélèvement à l'exclusion de toutes les autres créances. — Elles raisonnent ainsi pour écarter les dispositions restrictives de la loi commerciale. Qu'a voulu cette loi? Soumettre à des conditions plus rigoureuses la justification des droits de la femme, mais non pas repousser toute reprise qui serait hors des termes précis des articles 557, 558 et 560 du Code de commerce. L'article 563 en porte le témoignage évident. Si donc la preuve, tant difficile soit-elle, est accomplie, il y a créance de reprise. S'il y a créance, comment en détacher le *droit de prélèvement par préférence que confère le droit commun interprété par la jurisprudence?* C'est M. Devilleneuve qui parle ainsi dans une note. — Mais la jurisprudence qui vit dans le milieu des réalités sociales, pouvait-elle jamais sacrifier à cette inexorable logique? Elle en a senti l'impossibilité pratique, et déjà plusieurs arrêts des Cours de Paris, de Colmar, de Rennes et de Bordeaux avaient fait justice de la plus audacieuse des réclamations, quand la Cour suprême l'a condamnée à son tour par un arrêt de rejet de la chambre des requêtes, du 22 janvier 1854 (Dall., 1, 172; Dev., 1, 81). Les uns ont vu dans ce refus du privilége une judicieuse et directe application de la loi commerciale. De ce nombre est M. Dalloz (*loc. cit.*). D'autres (notamment MM. Devilleneuve, Pont et Serrigny) n'y ont trouvé qu'une heureuse inconséquence qui accuse hautement son principe. Il y a du vrai dans l'une et l'autre opinion, et cette bizarre situation mérite que l'on s'y arrête un instant. — Un premier point est indubitable : c'est que le législateur de 1838 n'a pas entendu gratifier la femme du failli d'un droit privilégié

Digitized by Google

sur l'actif commercial de son mari, soit parce qu'il créait la loi nouvelle en présence d'une interprétation contraire de la loi civile, soit et surtout parce qu'il n'aurait pu vouloir une telle chose sans contredire grossièrement et rendre vaines les précautions jalouses qui ont inspiré les articles précités (V. à ce sujet les observations pleines de sens de M. Nicolin; *Revue critique*, juillet 1853). Mais est-ce à dire que les articles 559 et 560 du Code de commerce résolvent topiquement la question comme l'enseigne la jurisprudence, approuvée en cela par M. Dalloz? Rien n'est moins établi. L'article 559 est tout à fait étranger à la thèse en discussion, puisqu'il n'a pour objet que les biens revendiqués par la femme en vertu d'une *acquisition faite en son nom*, et qu'il s'agit de savoir si elle peut s'attribuer privativement comme gage les biens *du mari*. Quant à l'article 560, il ne s'occupe du mobilier qu'au point de vue de la reprise *en nature* au cas d'*identité* prouvée. Or telle n'est point notre espèce. Il est donc évident (et la discussion parlementaire en fait foi : V. le commentaire de M. Renouard) que le législateur laissait absolument en dehors de ses règlements les *simples créances* de la femme non propriétaire de corps certains, en tant que ces créances ne se produisaient pas avec le cortége de l'hypothèque légale. Il ne lui refusait pas plus le titre de chirographaire venant à la faillite (V. à ce sujet n° 1111 du *Nouveau Rép.* de MM. Dalloz, v° *Faillite*), qu'il ne pourvoyait ce titre d'un prélèvement privilégié. Mais depuis il est advenu que le sens de la loi civile a changé radicalement. Il a été proclamé comme vérité préexistante au Code Napoléon et consacrée par ce Code, que la femme est en droit, pour l'exercice de ses reprises, de se payer avant tous autres par une appropriation rétroactive. Pourquoi celle d'un failli ne se placerait-elle pas sous la protection du droit commun ainsi transformé? Sans doute elle aurait contre elle la *pensée* intime du législateur de 1838, mais elle aurait pour elle la loi générale, non modifiée expressément sur ce point par la loi spéciale. Voilà dans quel sens la jurisprudence relative au cas de faillite a pu être taxée d'inconséquence, et voilà comment des jurisconsultes distingués et certains tribunaux ont pu faire, le voulant ou non, la plus amère critique de la théorie du prélèvement, en la poussant jusqu'à ses résultats les plus extrêmes et les plus inacceptables. — Tel est le propre des mauvais principes : ils ne dévoilent pas tout d'a-

Digitized by Google

bord les fruits empoisonnés qu'ils portent dans leurs flancs. On les accueille sous le charme de la séduction exercée par l'équité dont ils ont le masque; puis on se réveille un jour, effrayé de tout ce que la logique si hardie de l'intérêt personnel en a fait sortir.

Rien n'annonce pourtant un prochain retour de la jurisprudence. Loin de là, de récents arrêts de la Cour suprême que nous rencontrerons dans la seconde branche de notre sujet, ont tiré, dans l'ordre fiscal, les corollaires de sa doctrine avec une inflexible rigueur. — Les juridictions inférieures s'étaient presque toutes ralliées à cette doctrine, dans l'hypothèse unique de l'*acceptation* de communauté, quand du sein de la Cour de Bourges statuant en chambres réunies, après cassation d'un arrêt d'Orléans du 18 mars 1852, a surgi, le 4 décembre dernier, une protestation solennelle et absolue qui, ne s'arrêtant pas aux données du procès, c'est-à-dire au cas de renonciation à la communauté, et embrassant dans toute son étendue la controverse, a fondé sur les plus saisissants motifs la négation du prélèvement privilégié. — Esprit ordonnateur de l'association conjugale et de ses relations avec l'ensemble de la société civile; témoignages univoques de l'ancienne doctrine; de la jurisprudence des pays de coutume et d'une *pratique invétérée;* intention hautement manifestée par les auteurs de notre Code d'y faire entrer la communauté telle qu'elle existait autrefois dans ses grandes bases; moralités élevées, discussion lumineuse des textes; c'est là ce qu'on trouvera réuni dans l'arrêt mémorable de la Cour de Bourges (Dev., 2, 683; Dall., 2; 270). Le trouble est donc dans la jurisprudence. Les intérêts attendent dans une inquiète indécision. Souhaitons avec M. Dalloz que la Cour suprême prononce bientôt à son tour *chambres réunies*, et espérons une de ces décisions réparatrices qui ont souvent illustré la sagesse de notre sénat judiciaire.

A. ANCELOT.

Digitized by Google

MINE. — VENTE. — BAIL A FERME.

L'acte par lequel le concessionnaire d'une mine transfère à un tiers le droit de l'exploiter, constitue-t-il un bail à ferme ou bien une vente mobilière? — Par suite, est-il sujet au droit de 20 centimes, ou bien plutôt au droit de 2 francs pour 100? — A supposer que l'acte dont il s'agit constitue une vente mobilière, le droit de vente peut-il être perçu sur le jugement par lequel la convention a été résiliée?

Par M. Lebon, avocat à la Cour de cassation.

Le bail à ferme est frappé d'un droit de 20 c. pour 100 fr.

La vente mobilière est frappée d'un droit de 2 pour 100 fr.

L'amodiation d'une mine est-elle un bail à ferme? est-elle une vente de meubles[1]?

Pour résoudre cette question, il faut se faire des idées nettes et précises sur ce que sont, d'abord au point de vue de la loi civile, ensuite au point de vue particulier de la loi fiscale, une vente mobilière et un bail à ferme.

L'article 1709 du Code civil définit ainsi le contrat de louage :

« Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des » parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un » certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'o- » blige à lui payer. »

Si la chose dont le bailleur s'oblige à faire jouir le preneur est un immeuble rural, qu'arrive-t-il?

Le preneur applique son travail à cet immeuble, et, par ce travail, il en fait sortir des objets mobiliers : par exemple, du

[1] La question de savoir quelle est la nature de la cession ou amodiation d'une concession de mine, si elle constitue une vente ou bien un bail, conserve, en doctrine, un grand intérêt, comme tout ce qui se rattache aux limites, souvent difficiles à reconnaître, des contrats de vente et de louage. Cette question, déjà décidée par la Cour de cassation dans le sens qui fait de cette convention une vente mobilière, vient d'être jugée ainsi de nouveau dans l'affaire même qui a fourni le sujet du mémoire dont nous extrayons la dissertation ci-dessus. Nos conclusions étaient conformes à l'arrêt; mais nous avions été frappé du mérite du mémoire signifié par Me Lebon en défense au pourvoi. Nous avons demandé l'autorisation de le reproduire. C'est une œuvre sérieuse qui se distingue par l'élévation des idées et la nouveauté des aperçus. Nous sommes heureux de pouvoir porter ce travail remarquable à la connaissance des lecteurs de la *Revue*.

(*Note de* M. Nicias-Gaillard, *l'un des Directeurs.*)

Digitized by Google

blé, du foin, etc., etc.; ces objets mobiliers, il les enlève et en devient propriétaire.

Ce qu'il doit restituer au bailleur, c'est seulement l'immeuble auquel le contrat de louage lui a assuré la faculté d'appliquer son travail.

Le bail à ferme est donc essentiellement un contrat par lequel le bailleur accorde au preneur la faculté d'appliquer son travail à un immeuble, et lui assure la propriété des objets mobiliers produits par ce travail, à la condition de restituer seulement, en fin de bail, l'immeuble, lequel est destiné ensuite à devenir l'objet du travail personnel du bailleur ou d'autres preneurs.

La vente mobilière est régie par les principes généraux de la vente.

L'article 1582 porte : « La vente est une convention par la-
» quelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. »

Remarquons que le vendeur s'oblige à livrer; cela suppose que l'acheteur a seulement la peine d'enlever; cela ne présente pas l'idée d'un travail d'exploitation destiné à rendre possible l'enlèvement de la chose vendue.

Remarquons aussi qu'aux termes de l'article 1583, la propriété est transférée par le seul consentement et avant toute tradition : ainsi, à partir de la vente, l'objet vendu fait partie de la fortune de l'acquéreur; il est à ses risques. La destruction, par cas fortuit, de l'objet vendu ne libère pas l'acquéreur du prix d'acquisition, tandis que, dans le cas de location, la destruction par cas fortuit de l'immeuble objet de la location libère le preneur du payement des loyers non encore courus.

Voilà, au point de vue du droit civil, les caractères essentiels de la vente mobilière et du bail à ferme.

Si du point de vue du droit civil nous passons au point de vue particulier du droit fiscal, si nous nous demandons pourquoi un bail à ferme et une vente mobilière sont passibles d'un droit fort différent (alors que l'un et l'autre contrat ont pour résultat définitif de rendre le preneur ou l'acquéreur propriétaire de valeurs mobilières), la réponse se présente tout d'abord à l'esprit.

C'est que, dans le cas de vente, l'acquéreur n'a que la peine d'enlever;

Digitized by Google

C'est qu'au contraire, dans le cas de bail, le preneur est obligé de travailler avant d'enlever.

C'est là, au point de vue du droit fiscal, une différence capitale.

Et en effet, quelle est la base de la perception des impôts? C'est la richesse; chacun doit contribuer aux dépenses publiques dans la proportion de ses ressourses.

Partant de cette donnée générale, le législateur a considéré l'ensemble des valeurs mobilières et immobilières qui composent la fortune du pays; il a pensé que toute transmission de ces valeurs pouvait être grevée d'un droit de 5 et demi pour les valeurs immobilières et de 2 pour 100 pour les valeurs mobilières. Pourquoi cela? Parce que l'acquisition d'une valeur est une présomption de richesse proportionnée à l'importance de cette acquisition. Si l'acquéreur n'était pas en état d'acheter, il n'achèterait probablement pas. On peut donc présumer qu'il est propriétaire de valeurs proportionnelles à l'importance de ce qu'il achète. L'action d'acquérir est une des révélations de la richesse; on ne peut, à la vérité, y voir une certitude, mais on y voit une probabilité, un indice de richesse : et c'est pour cela qu'on l'impose.

Pourquoi le preneur d'un bail à ferme qui va, par l'effet de ce bail, devenir propriétaire de valeurs mobilières considérables, de moissons, de foins, etc., etc., n'a-t-il pas été frappé d'un droit de 2 pour 100 sur la valeur de ses récoltes? Pourquoi a-t-il été frappé seulement d'un droit de 20 c. pour 100, et encore seulement sur la somme qu'il paye au preneur, ce qui est fort différent de la valeur des récoltes? C'est que, pour arriver à enlever ces récoltes, il est obligé de travailler; c'est que quand il les enlève, il enlève une valeur produite pour la plus grande partie par son travail. Cette valeur, il n'a peut-être pas, au moment du contrat, le capital nécessaire pour la payer; on ferait donc une chose souverainement injuste en lui demandant un impôt proportionné à cette valeur. Au moment du contrat, il est seulement censé avoir son industrie et peut-être quelques ressources suffisantes pour aider son travail; ce que le bailleur lui transmet, c'est une occasion de travailler utilement; et comme les bénéfices de ce travail sont probablement proportionnels au loyer, l'impôt a été calculé sur le loyer : cela est juste, raisonnable, équitable.

Digitized by Google

Ainsi, en résumé, — une vente mobilière est un contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer à l'acquéreur des objets mobiliers figurant déjà dans la fortune publique pour la valeur qu'ils doivent avoir dans la main de l'acquéreur, que l'acquéreur a seulement la peine d'enlever, et sur la valeur desquels l'acquéreur présumé assez riche pour les acheter peut acquitter un impôt de 2 pour 100.

— Un bail à ferme d'immeuble est un contrat par lequel le bailleur remet entre les mains du preneur un immeuble qui sera pour le preneur une occasion de travail : le résultat de ce travail doit être d'amener le preneur à enlever, à s'approprier des objets mobiliers ; mais comme le preneur n'était pas censé avoir, au moment du contrat, des ressources pécuniaires proportionnées à l'importance de ces objets mobiliers, comme il avait seulement une industrie à utiliser, l'impôt est d'un taux moins élevé et ne porte pas sur la valeur des objets mobiliers : il est proportionné à l'importance présumée du bénéfice net que donnera le travail.

Maintenant qu'est-ce qu'une mine?

Qu'est-ce qu'une amodiation de mine?

Une mine est une propriété d'une nature particulière, constituée par un acte de l'autorité souveraine.

Si le législateur n'avait pas pris soin de donner aux mines le caractère de droits immobiliers, on aurait très-bien pu être embarrassé pour les classer parmi les meubles ou parmi les immeubles. En effet, ce serait se faire une idée fausse que de se représenter la mine sous une forme matérielle, sous la forme d'une portion du sol commençant à une certaine profondeur et descendant jusqu'au centre de la terre. La concession de mine est purement et simplement un droit, le droit de chercher une certaine nature de richesse dans un certain espace. Cela est si vrai que, dans toute partie d'une concession de houille où il n'existe pas de houille, on ne saurait dire où s'arrête le droit du propriétaire de la surface : qu'il convienne au propriétaire de surface de creuser un puits artésien, reconnu sans inconvénient pour l'exploitation de la mine, il sera propriétaire de son puits à toute profondeur. Dans le même périmètre, plusieurs concessions peuvent être faites, et porter, l'une sur le cuivre, l'autre sur la houille, l'autre sur le fer : la partie souterraine du sol

Digitized by Google

n'appartient donc pas d'une manière absolue aux propriétaires de la mine; ce qui leur appartient, c'est le droit de faire tout ce qui est nécessaire pour leur exploitation.

Maintenant, pourquoi le législateur a-t-il considéré ce droit comme une valeur immobilière? C'est que ce droit est perpétuel, c'est que la législation des mines a précisément pour but de ne permettre qu'une exploitation entourée de précautions, de sages lenteurs, et d'arriver ainsi à rendre l'exploitation perpétuelle ou quasi-perpétuelle. Il y a des mines concédées depuis plus d'un siècle; c'est donc une quasi-perpétuité.

Qu'est-ce qu'une amodiation? C'est un contrat par lequel le concessionnaire dit à l'amodiataire :

« Je vous transmets pour un certain nombre d'années, en ce » qui touche tout ou partie du périmètre, mon droit de conces- » sionnaire. Vous chercherez comme j'aurais cherché; vous tra- » vaillerez comme j'aurais travaillé; vous exploiterez comme » j'aurais exploité; vous remplirez, vis-à-vis de l'administra- » tion publique et vis-à-vis des propriétaires de surface, les » obligations que j'aurais remplies; à l'expiration de l'amodia- » tion, je rentrerai dans mon droit de chercher, de travailler, » d'exploiter. »

Un tel contrat est-il une vente d'objets mobiliers?

Est-il le bail à ferme d'un droit immobilier?

Ce n'est évidemment pas une vente d'objets mobiliers. Voyons-nous ici un acquéreur auquel un vendeur s'oblige à livrer? Pas le moins du monde. Nous voyons un preneur obligé de chercher à ses risques et périls, obligé de créer par son travail, non pas à la vérité l'objet matériel qu'il enlèvera, mais la valeur commerciale de cet objet (dépourvu de toute utilité et de toute valeur appréciable tant qu'il est enfoui dans les profondeurs de la terre), obligé même souvent de découvrir, car, dans une mine concédée, il y a encore des gîtes tout à fait inconnus. La découverte est une sorte de création, car, dans les rapports des hommes, la richesse non découverte est comme si elle n'existait pas.

Voyons-nous dans ce contrat des objets mobiliers dont la propriété soit transférée par le seul consentement? Pas le moins du monde. Le lendemain du contrat, le preneur n'est encore propriétaire de rien; il ne sera propriétaire de quelque chose que quand il aura travaillé et opéré l'extraction. — Si la mine

Digitized by Google

était détruite par un événement de force majeure, elle périrait évidemment pour le bailleur, et la destruction aurait pour effet de décharger l'amodiataire des redevances non encore courues.

Voyons-nous un acquéreur disposant probablement, au moment du contrat, d'un capital proportionné à l'importance des richesses mobilières dont il a l'espoir de devenir propriétaire, et que, par suite, on puisse équitablement grever d'un impôt proportionné à l'importance de ces richesses une fois mobilisées? Pas le moins du monde. Si un économiste faisait le relevé de la fortune de l'Angleterre, y comprendrait-il, comme valeurs mobilières, les quantités de houille immenses, infinies, enfouies au fond de ses mines? Évidemment non. Ce qu'on peut faire figurer dans le relevé de la fortune d'un pays, c'est seulement la valeur du droit d'exploitation. La valeur de la houille extraite se compose presque exclusivement, nous le répétons, des dépenses faites pour l'extraire; la valeur originaire, la valeur qu'elle avait au fond de la mine, n'entre dans la valeur commerciale qu'elle prend plus tard que comme un élément insignifiant.

Le contrat qui nous occupe constitue uniquement une subrogation temporaire dans l'exercice d'un droit immobilier, le droit de chercher et d'extraire; et non-seulement, à l'expiration du bail, ce droit revient au bailleur, mais il revient même souvent avec une valeur égale ou supérieure à celle qu'il avait au commencement du bail. Supposez que les mines d'Anzin aient été amodiées depuis cent ans, le bailleur les reprendrait avec une valeur peut-être décuple de celle qu'elles auraient eue au commencement du bail. Elles contiendraient à coup sûr moins de charbon; mais ce qui fait la valeur d'une mine, ce ne sont pas seulement les quantités de charbon enfouies dans ses profondeurs; cette valeur dépend surtout des quantités qu'il est matériellement possible d'extraire et commercialement possible de vendre. Or l'extraction a pour effet de faciliter légalement et matériellement les extractions postérieures : légalement, car l'administration combine ses règlements de manière à obliger les exploitants à suivre un certain ordre dans l'exploitation des couches; matériellement, car les premières extractions fournissent des indications sur les gisements, organisent des moyens d'épuisement et de travail qui profitent aux extractions ultérieures.

Digitized by Google

Le contrat dont il s'agit nous présente un preneur disposant seulement des ressources pécuniaires nécessaires pour appliquer son industrie à la jouissance d'un droit immobilier. Il est donc juste, au point de vue de la loi fiscale, de soumettre seulement ce preneur à un impôt proportionné au bénéfice probable de son industrie, à un impôt de 20 centimes p. 100 sur la redevance qu'il payera au propriétaire.

En vain dirait-on qu'au moins, dans certains cas, l'amodiataire peut, par son exploitation, soit diminuer beaucoup l'importance de la mine, soit même épuiser complétement ses richesses. — Il faut bien remarquer que, dans le cas le plus extrême, dans le cas où l'amodiation aurait enlevé toute la houille connue, le droit immobilier, objet de la concession, subsisterait encore et reviendrait au bailleur en fin de bail. Ce droit serait toujours un immeuble légalement constitué, susceptible d'hypothèque, et pouvant reprendre dans l'avenir une valeur commerciale; car, les profondeurs auxquelles il est possible d'aller chercher les richesses minéralogiques variant d'une époque à l'autre en raison de l'état de la science et de la puissance de l'industrie, on ne peut jamais être sûr qu'une concession de mines est épuisée à tout jamais. Le droit immobilier subsiste donc et est destiné à subsister indéfiniment, quel que puisse être l'effet des amodiations successives.

On lit dans M. Troplong, v° *Louage*, n° 93 :

« Les produits des mines, des carrières sont des fruits qui » peuvent faire l'objet d'un bail; ils procurent une jouissance de » nature à être transmise, tandis que la propriété reste au » bailleur. Vainement dira-t-on que le minerai une fois extrait » ne se reproduit pas comme les fruits d'une terre. Non! car » la mine consistant dans des réunions de gîtes plus ou moins » riches ne s'épuise pas du premier coup par les extractions de » substances minérales. Bien différente des choses fongibles » que le premier usage fait disparaître, elle survit aux extrac- » tions de chaque année; elle continue à rester une source de » produits et un objet de jouissances jusqu'à ce que les gîtes » n'aient plus rien à rendre; mais tant que des substances mé- » tallurgiques sont recélées dans son sein, elle constitue une » propriété supérieure aux fruits qu'on lui arrache, une propriété » productive et susceptible de location. »

L'opinion que nous venons de citer s'applique à la question

Digitized by Google

des carrières comme à la question des mines ; mais il est digne de remarque que l'argumentation est prise tout entière de la nature des *mines*.

On lit dans M. Rolland de Villargues, *Répertoire*, t. II, p. 78 :

« Quant aux mines proprement dites, déclarées immeubles » par la loi du 21 avril 1810, les baux à durée limitée qui en » sont faits ne sont passibles que du droit de 20 cent. p. 100. »

Nous terminerons sur ce point en disant que notre doctrine a été originairement admise par la régie, qu'elle l'a même exagérée en l'appliquant aux tourbières et aux carrières, et qu'aujourd'hui elle tombe dans une exagération contraire en refusant de l'admettre en matière de mines.

En admettant que l'amodiation d'une concession de mines, qualifiée bail par les parties et par les juges du fait, doive donner lieu à la perception du droit de vente mobilière, ce droit peut-il être perçu sur le jugement par lequel cette amodiation est résiliée ?

Admettons que l'amodiation doive donner lieu à un droit de vente mobilière, et essayons de préciser la forme sous laquelle cette manière d'envisager le contrat pourra le mieux se justifier.

Le contrat ainsi envisagé sera une vente de meubles faite sous la condition suspensive d'un travail d'exploitation à exécuter par l'acquéreur, travail dont le résultat sera de le rendre propriétaire au fur et à mesure de l'exploitation.

Nous croyons que cette manière de caractériser le contrat n'est pas juste, car un contrat par lequel une partie abandonne à l'autre partie les valeurs mobilières que le travail de celle-ci doit faire sortir d'un immeuble, pour cette dernière en être propriétaire au fur et à mesure de l'exploitation, est précisément un bail à ferme. — La seule différence qu'on puisse signaler entre le bail à ferme appliqué à une concession de mine et le bail à ferme appliqué à un immeuble rural, c'est que, dans le cas de bail à ferme d'un immeuble rural ordinaire, le travail de l'exploitant fait naître, à la place des produits enlevés, d'autres produits n'ayant pas une existence antérieure; tandis que, dans le bail à ferme d'une mine, le travail de l'exploitant remplace les produits enlevés par d'autres produits, lesquels avaient bien une existence antérieure, mais ou étaient inconnus ou n'étaient pas susceptibles d'être immédiatement enlevés, ou n'étaient pas susceptibles de l'être avantageusement.— Or nous

Digitized by Google

pensons, et nous avons essayé de prouver dans la précédente partie de la discussion, que cette différence n'influant en rien sur la manière dont les parties envisagent leur convention, ne doit influer nullement sur la manière de caractériser le contrat; que cette différence ne peut enlever au bail à ferme d'un droit immobilier de concession de mines ses caractères parfaitement distincts de ceux d'une vente mobilière.

Mais enfin, nous le répétons, si la thèse qui voit une vente dans le contrat dont il s'agit peut-être produite sous une forme plausible, c'est sous cette forme d'une vente mobilière faite sous la condition suspensive de l'extraction.

Ce point de vue accepté, il y aurait à examiner si le droit de 2 p. 100 doit être perçu au moment de l'amodiation, c'est-à-dire avant l'accomplissement de la condition suspensive, ou si on ne doit pas déclarer le droit exigible seulement au fur et à mesure de l'exploitation.

Laissons de côté cette question : admettons que le contrat dont il s'agit est une vente de meubles faite sous la condition suspensive de l'extraction, et qu'il peut y avoir lieu à perception du droit par avance au moment même de la vente.

Tout cela admis, revenons à l'espèce.

Le jugement qui prononce la résolution de cette vente de meubles faite sous condition suspensive antérieurement à l'accomplissement de la condition suspensive, peut-il donner lieu à la perception d'un droit de 2 p. 100?

Évidemment non : car le jugement n'est pas translatif de propriété mobilière. La propriété ne reposant pas encore sur la tête du prétendu acquéreur, le jugement qui lui fait perdre la simple éventualité de ce droit de propriété n'est pas translatif de propriété et ne peut nullement être considéré comme atteint par l'art. 69, § 5, n° 1, de la loi du 22 frimaire an VII.

Dirait-on que, dans l'espèce, l'exploitation a commencé, et que par conséquent la condition suspensive a été accomplie pour partie? Cela serait dénué de raison. Les matières qui ont été l'objet de l'extraction antérieure à la résolution ont été enlevées et anéanties : la perception ne peut plus être motivée par la transmission de propriété de ces matières. Il s'agit donc seulement des houilles non encore extraites dont on représente la propriété comme revenant, par l'effet du jugement de

Digitized by Google

résiliation, de l'acquéreur au vendeur. Eh bien! pour ces houilles, la condition suspensive n'ayant pas été accomplie, la propriété n'a pas été transférée du vendeur à l'acquéreur, et n'a pas par conséquent besoin de revenir de l'acquéreur au vendeur.

On remarquera que, sur cette seconde question, aucun précédent de jurisprudence ne peut nous être opposé; et si nous ne nous abusons, cette seconde question n'est véritablement pas susceptible de doutes sérieux. F. LEBON.

DISSERTATION SUR LA LOI DU 13 AVRIL 1854,

ET SON INFLUENCE SUR LES CONTRATS D'ASSURANCES CONSENTIS AVANT SA PROMULGATION.

Par M. Girard de Vasson, président du Tribunal civil de Napoléon (Vendée).

La loi du 13 avril 1854 qui a élevé à 140,000 hommes le contingent jusqu'alors fixé, pour l'armée de terre, à 80,000 hommes, a-t-elle délié les compagnies d'assurances de leurs engagements envers les assurés résultant des contrats de remplacement militaire souscrits avant sa promulgation?

La Cour de cassation est, en ce moment, saisie de cette question, puisque la chambre des requêtes a *admis*, dit-on, plusieurs *pourvois* sans acception du sens dans lequel elle a été résolue par les décisions attaquées.

Dans cette éclatante expression de la haute impartialité de la Cour suprême, on ne peut voir d'abord qu'un témoignage de la difficulté de la question, et, en outre, une garantie de plus du soin scrupuleux qu'apportera la Cour régulatrice à vider, d'une façon digne de l'attente publique, ce grave conflit qui tient en suspens le monde des juristes. La Cour de cassation ne peut faire un plus noble usage du droit précieux que lui accorde son institution tutélaire. On ne peut que se louer de cette sorte d'avant faire droit qui soumet le doute général à l'examen approfondi de la chambre civile dont l'arrêt, précédé d'une large discussion, ne peut manquer de jeter de vives lumières sur le débat. Peut-être aussi doit-il être permis de voir, dans cette preuve nouvelle

Digitized by Google

d'impartialité donnée par la chambre des requêtes, un encouragement secret à l'étude d'une question si délicate, et un appel aux méditations de tous.

Le moment paraît donc opportun pour soumettre aux lecteurs de cette *Revue* des observations sur cette question. Il ne peut y avoir de témérité présomptueuse dans de semblables études. Elles témoigneront, au contraire, du respect dû à la Cour suprême, bien plus que ne le ferait le silence; car, on le sait, l'autorité, si grande qu'elle soit, qui s'attache aux arrêts de cette Cour, est toute doctrinale, et ce ne serait pas un respect digne d'elle que celui qui se renfermerait servilement dans une attente stérile et muette, ennemie de la discussion. Les oracles que prononce la Cour suprême ne sont pas, grâce à Dieu, les oracles devant lesquels s'inclinait le paganisme. Ils valent bien mieux, car ils s'adressent à notre intelligence, et non à notre superstition, et c'est parce qu'ils ont bien plus de valeur que, loin de fuir et de craindre la controverse, ils l'appellent, au contraire, et se plaisent à la provoquer toujours.

Nous avons dit que la question qui nous occupe divise en deux camps à peu près égaux en nombre les Cours et tribunaux de France. Nous devons ajouter, à titre de considération au moins, que, tandis que plusieurs Cours d'appel croient pouvoir briser les contrats souscrits par les compagnies, celles-ci, malgré l'autorité de ces arrêts, se montrent, en général, empressées à transiger avec les familles des assurés. Nous devons ajouter enfin qu'il est remarquable que, pendant que ces contrats sont brisés par un certain nombre de Cours d'appel, ils sont maintenus, — même dans les conditions les plus favorables, en apparence, aux compagnies, — c'est-à-dire en présence de primes très-modérées, — par les tribunaux de commerce des grandes villes[1], composés de négociants rompus aux spéculations du haut commerce, et accoutumés à apprécier, au point de vue de leur propre intérêt comme de celui de leurs justitiables, l'économie des contrats aléatoires, et qui, par conséquent, semblent devoir communiquer à leurs décisions, en cette matière, une autorité spéciale qui peut manquer à

[1] Celui de Bordeaux, par exemple. (V. Sirey et les autres Recueils, et *Gazette des tribunaux*.)

Digitized by Google

celles des Cours et tribunaux civils, composés de magistrats plus étrangers à cet ordre d'idées, en dehors du milieu où elles ont cours, et enclins naturellement à céder aux habitudes de leur propre vie en substituant aux rigueurs des contrats soumis aux jeux de l'*alea*, les simples lumières de l'équité qui les guident, d'ordinaire, dans l'interprétation des contrats usuels de la vie civile.

Nous sommes, quant à nous, persuadé que c'est sur cette pente, si douce à la conscience peut-être, mais si rapide et si dangereuse de l'*équité*, que les tribunaux civils et les Cours elles-mêmes se sont laissés entraîner, en brisant les contrats consentis par les compagnies aux familles. Nous sommes intimement convaincu qu'en jugeant ainsi, les Cours et les tribunaux ont violé tout à la fois :

1° Les principes qui régissent les contrats aléatoires;

2° Ceux qui président à notre législation tout entière sur le recrutement militaire;

3° Enfin, ceux qui imposent aux tribunaux le respect dû aux lois que les parties se sont faites à elles-mêmes dans leurs contrats.

Nous sommes plein de l'espérance que la Cour de cassation ramènera la jurisprudende dans les voies saines du droit en cassant tous les arrêts qui n'ont pas maintenu les contrats consentis entre les compagnies et les familles; nous sommes persuadé qu'elle consacrera l'opinion à laquelle nous a rallié une longue et attentive étude de la question, et nous demandons la permission de motiver cette opinion par le développement indispensable des *trois propositions* que nous venons d'énoncer.

§ 1.

Le contrat d'assurance pour les remplacements militaires est, de son essence même, un contrat *aléatoire*. Il l'est au même titre, ce nous semble, que tout autre contrat dont l'objet consiste dans un *alea*. Or les risques de guerre sont bien, à un degré éminent, un *alea*.

Nous croyions cette proposition première à l'abri de toute controverse.

On a essayé cependant de la mettre en doute, ou d'en atténuer les effets, en alléguant que le contrat d'assurance était un contrat *sui generis*. Mais il ne faut pas être dupe de ces deux

Digitized by Google

mots latins qui ont la prétention de porter un sens avec eux, et qui, en vérité, ne disent rien de ce qu'on veut leur faire dire.

Qu'appelle-t-on, en effet, un contrat *suî generis?* C'est, apparemment, un contrat qui n'a pas la même *nature* que les autres contrats. Or que le contrat d'assurance militaire ne soit pas de même *nature* que les contrats d'assurances maritimes, par exemple, puisqu'il n'a pas le même *objet*, on peut l'accorder sans peine. Il est évident que les contrats aléatoires n'ont pas tous le *même objet*. Leurs noms différents l'attestent assez d'eux-mêmes. Mais s'ensuit-il qu'ils ne soient pas tous régis par les mêmes principes, dès le moment que l'*alea* en fait la base? Non, assurément. Ce qui caractérise essentiellement le contrat d'assurance militaire, comme tout autre contrat aléatoire, c'est l'*alea*. Là où il y a *alea*, on ne peut donc, sans méconnaître le sens des termes, sans mentir, en quelque sorte, à la langue, nier qu'il y a contrat *aléatoire*.

§ 2.

La nature du contrat d'assurance militaire étant ainsi déterminée, il faut, ce nous semble, pour apprécier sainement le sens et la portée de ceux qui sont intervenus avant la loi du 12 avril 1854, se faire une idée exacte de la législation sous l'empire de laquelle ont été souscrits ces contrats que les compagnies refusent aujourd'hui d'exécuter, car cette législation sur le recrutement militaire a dû nécessairement, — et *même* à l'*insu* des *parties*, — on ne peut le méconnaître en droit, — étendre son influence inévitable sur leurs conventions.

C'est, en effet, un point hors de controverse en droit, que les contrats librement consentis sont régis forcément, — *même à l'insu des parties*, — par la législation en vigueur lorsque ces contrats ont été consentis, alors même, par conséquent, que les contractants ou quelques-uns d'eux ne se seraient pas fait une idée juste de cette législation.

Cette législation sur le recrutement militaire doit donc être soigneusement étudiée, non pas seulement dans la loi du 13 avril 1854, ou dans la loi du contingent de l'année précédente (du 23 avril 1853), mais dans l'*ensemble* de cette législation tout entière du recrutement, si l'on veut apprécier convenablement la *portée légale* des contrats consentis sous son empire. Cette législation, considérée dans son ensemble, nous le répé-

Digitized by Google

tons, — car ce n'est pas apprécier une législation que de la juger sur une *seule* de ses parties, — cette législation est la source, légitime et sûre, où doit se puiser l'explication des intentions des parties.

Il est, en effet, une grande vérité qu'on ne doit pas oublier en droit, c'est qu'il n'est permis d'avoir recours aux *règles générales d'interprétation* posées dans les articles 1156 et suivants du Code civil qu'à défaut de moyens d'interprétation plus *directs* et plus intimes en quelque sorte, résultant de la *nature* même du contrat à interpréter, et de son *objet*, tel qu'il avait été déterminé, soit par les *clauses* ou restrictions expresses du contrat lui-même, soit par la *législation* qui le régissait. C'est dans ces limites que tout juge éclairé doit renfermer l'application, parfois périlleuse et toujours délicate, de ces règles d'interprétation générales et un peu vagues des articles 1156 et suivants dont il est si aisé de faire abus.

Nous croyons que c'est, en effet, par une application abusive et *arbitraire* de ces règles d'interprétation *étrangères à la matière*, et faute de s'être rendu un compte exact de l'institution même du recrutement militaire en France et de la législation générale qui le régit, que les Cours et tribunaux assimilant, par une fausse analogie, la loi du 13 avril 1854 aux lois *civiles ordinaires*, ont craint de lui attribuer un effet rétroactif par le maintien des contrats consentis avant sa promulgation. Suivant nous, une étude plus approfondie de cette législation les aurait conduits à une solution diamétralement opposée, c'est-à-dire au respect absolu de ces contrats.

Pour justifier cette proposition, il faut qu'on nous permette de tracer rapidement l'historique de notre législation sur le recrutement.

Nous ne prétendons pas faire ici de l'histoire ni de la science faciles; mais nous ne serons démenti sans doute par les souvenirs de personne quand nous dirons que cette institution du recrutement militaire, telle qu'elle existe en France depuis bientôt quarante ans, est une des institutions précieuses nées de l'ère constitutionnelle. C'est ce qui est assez attesté et par sa date, et par les discussions qui l'ont précédée et au conseil d'État, et dans la presse, et au sein des deux chambres législatives. Elle succédait au système de recrutement jusqu'alors pratiqué sous le nom de *conscription*, mode de recrutement

Digitized by Google

déjà discrédité par l'impopularité de son nom autant que par celle de ses procédés, et qui fut reconnu incompatible avec les mœurs du régime représentatif qu'on venait d'inaugurer. Qu'on se reporte à ces discussions mémorables qui précédèrent la loi du 10 mars 1818, et l'on verra écrite à chaque ligne des rapports officiels des orateurs du gouvernement, comme dans la presse elle-même, et proclamée à la tribune nationale par les organes de tous les partis qui divisaient alors les deux chambres, cette vérité essentielle qui allait dominer la loi nouvelle, c'est que l'armée, à l'avenir, se recruterait, indépendamment de la ressource des engagements volontaires, par les *contingents* qui seraient, suivant les besoins, essentiellement *variables*, du pays, et les éventualités de paix ou de guerre, évalués par le législateur; mais on y verra aussi qu'il a été bien entendu que l'intérêt général de la défense du pays étant la pensée *dominante* de la loi sur une telle matière, les chambres appelées à voter les lois des contingents militaires, au même titre et en vertu du même droit qu'elles votent le *budget* des finances, ne seraient, quand ils s'agirait de pourvoir aux besoins de l'armée, nullement liées par un vote précédent; qu'en un mot des *appels successifs pourraient* être faits par le gouvernement au moyen et sous la sanction d'une loi, suivant l'exigence des cas, sur la *classe même* dont le contingent avait été déjà l'objet d'une loi précédente qui, sous l'empire de circonstances différentes, l'aurait porté à un chiffre moins élevé.

C'est cette vérité que la loi du 21 mars 1832 a empruntée à celle du 10 mars 1818, et qu'elle a consignée, dans son art. 3, en disant que « *l'armée, outre la ressource des engagements* » *volontaires, se compose dans les proportions qui résultent des* » *lois annuelles de finances ou du contingent.* » C'est encore cette vérité qu'elle a consacrée dans son article 28, qui contient des dispositions de détail incompatibles avec toute autre pensée.

Ainsi, comme on le voit, une *analogie* parfaite a été établie entre les lois du budget et les lois sur les contingents militaires, — analogie dont il importe de *prendre acte* dès le début de cette controverse, car elle est, selon nous, féconde en conséquences lumineuses; — et, de même que les chambres législatives, dans les lois du budget, ne votent jamais que des *prévisions* qui peuvent, par les besoins qui surgissent dans les services publics,

Digitized by Google

être *dépassées* plus tard, et exiger des crédits *supplémentaires* dans le cours de l'année qui sépare un budget d'un autre, sauf aux ministres à faire sanctionner par les votes ultérieurs des chambres, et par la *loi des comptes* qui, seule, a un caractère définitif, ces dépenses faites en dehors de leurs prévisions premières, — de même les lois votées sur un contingent militaire ne sont nullement un empêchement à ce que, la défense du pays l'exigeant, — ou un cas de guerre jusqu'alors imprévu venant à survenir ou à menacer, — les chambres ne soient appelées à voter un nouvel appel sur la classe même qui déjà avait vu fixer son contingent.

Et qu'on ne s'étonne pas de cette *élasticité* des lois sur les contingents militaires, car c'est précisément la souplesse de ces lois qui fait la force de cette belle institution du recrutement militaire qui a remplacé parmi nous la conscription si lourde au pays. C'est la souplesse de ces lois qui fait la beauté de cette institution constitutionnelle du *recrutement* qui, tout en respectant les nouvelles mœurs introduites par le régime représentatif, pourvoit à tous les besoins militaires du pays, sans trop peser sur lui, et permet de faire face à toutes les évantualités de guerre qui peuvent surprendre la prévoyance du gouvernement.

C'est précisément, je le répète, ce caractère souple de nos lois sur les contingents militaires qui les a placées si haut dans l'estime de l'Europe. C'est ce qui fait de cette belle et forte institution une des gloires du pays.

Comment, en effet, pourrait-on excuser ou même comprendre l'*imprudence* d'un législateur qui, en face des besoins toujours *possibles* de la guerre, aurait consenti à laisser *lier* d'avance la *liberté* de son *action* par une loi qui fixerait, sans augmentation possible, le chiffre du contingent d'une année à une autre, alors même que la guerre surviendrait dans l'intervalle? On ne comprendrait pas plus chez le législateur cette méconnaissance de tous les droits et de tous les devoirs de sa responsabilité qu'on ne concevrait l'abnégation de celui qui, sous le régime représentatif, et en présence des pouvoirs constitutionnels, toujours prêts à fonctionner à son appel, se priverait de la faculté d'*augmenter*, par des crédits nouveaux, des dépenses *nécessaires*, d'abord mal appréciées par les prévisions de son budget.

Ainsi donc, c'est une vérité élevée aujourd'hui, ce nous sem-

Digitized by Google

ble, à la hauteur d'un dogme constitutionnel que, sous le régime fondé parmi nous par la loi du 10 mars 1818 et confirmé par celle du 21 mars 1832 qui a adopté celle du 10 mars 1818 dans tous ses principes *essentiels*, les lois qui fixent les contingents militaires n'ont pas plus que les lois du budget ce caractère *définitif* qui appartient aux lois *civiles ordinaires*, puisque sous l'influence de la *loi générale* qui règle le mode de recrutement et qui *domine* ces lois du *contingent*, et dont il n'est pas permis, par conséquent, de les séparer, ces lois sont constamment *subordonnées* aux *appels ultérieurs* qui *peuvent* être faits par une *nouvelle* loi, suivant les éventualités de paix ou de guerre qui peuvent se produire.

Cette vérité, je le répète, a été proclamée sous toutes les formes, par toutes les plumes et par toutes les bouches, et en 1818, et en 1832, et dans la presse, et à la tribune par les organes de toutes les opinions. L'opposition de toutes les nuances n'a jamais songé à la *contester* au gouvernement, car c'est là, en effet, une *vérité* faite pour les *besoins de tous les temps*, et le plus sacré de tous les besoins, la *défense du territoire*. Loin de la contester, chacun y voyait, au contraire, la plus forte garantie du pays dont cette loi, disait-on, faisait la force devant l'étranger. En proclamant ce principe de la loi, on croyait en faire l'*éloge*, et on avait raison. Nul n'eût songé qu'un jour on aurait pu l'oublier, et que, sous l'empire des souvenirs d'une longue paix et des habitudes de quiétude d'esprit qui naissent naturellement de ce calme de l'intérieur, on aurait imaginé de soutenir que le gouvernement, responsable de la défense du pays, avait *épuisé* complétement son droit par le contingent qui fixait au chiffre *ordinaire* de *l'état de paix* le contingent d'une *classe*. Jamais on n'aurait supposé qu'il paraîtrait à quelques esprits faire une chose *exorbitante* du droit *commun*, en matière de *recrutement*, en *augmentant*, par les voies *constitutionnelles*, le contingent d'une *classe* devant les *menaces* d'une guerre prochaine.

C'est cependant cette pensée, radicalement fausse, suivant nous, c'est ce vain *préjugé* qui est le point de départ de tous les raisonnements sur lesquels s'étaye le système qui a amené les tribunaux à *relever* les compagnies d'assurances des engagements librememt consentis par elles envers les assurés et leurs familles.

Si nous sommes dans l'erreur sur ce point essentiel, nous

Digitized by Google

demandons qu'on nous le démontre. Nous faisons preuve, comme on le voit, d'une loyauté entière dès le début de la controverse, et nous n'avons point de batteries masquées dans ce combat. Si, en présence des lois des 10 mars 1818 et 21 mars 1832, on prétend que le gouvernement ne *pouvait* pas, par une loi, *augmenter* ou réduire, en cas de guerre ou de paix, un chiffre de *contingent* sur une *même classe;* si parce que les douceurs de la paix ont permis, pendant quarante ans, de ne pas recourir à l'*exercice* de ce droit, on le conteste, en *principe*, au gouvernement, nous demandons en grâce, et avec la bonne foi la plus entière, *où*, dans quel *document officiel*, on trouve une telle *restriction* dans les droits du gouvernement? Nous demandons ce qu'on fait de toutes les discussions mémorables qui ont précédé les lois de 1818 et de 1832, et aussi ce qu'on fait de cette opinion publique qui proclamait si belles et si sages ces lois qu'on semble avoir oubliées aujourd'hui, et qui les proclamait telles précisément parce qu'elles *armaient* le gouvernement d'une faculté sans laquelle, en vérité, ces lois sur les contigents ne seraient que des *entraves* bonnes tout au plus à absoudre un gouvernement assez peu jaloux de ses devoirs les plus sacrés pour avoir accepté la responsabilité qu'elles feraient peser sur lui en présence du territoire menacé.

Nous qui sommes convaincu que ni la loi du 10 mars 1818 ni celle du 21 mars 1832 n'ont fait au gouvernement cette étrange position; nous qui croyons, au contraire, qu'elles l'ont armé du droit, *imprescriptible* et *sacré*, d'augmenter par des *appels successifs* le contingent d'une *même* classe, absolument comme il le fait pour le *budget*, dans la progression d'accroissement ou de décroissance qu'entraînent naturellement les *éventualités* de guerre ou de paix; nous disons que c'est en présence de cette législation, ainsi appréciée dans son *ensemble* et son *esprit*, et non pas seulement en présence de la loi isolée du 13 avril 1854, ou du 23 avril de l'année précédente, qu'il faut placer les compagnies d'assurances pour apprécier la portée *légale* de leurs engagements.

Nous disons qu'il n'est pas permis de faire abstraction des *principes* qui ont créé la loi du 21 mars 1832 pour ne tenir compte que du *texte* des lois d'avril 1853 et 1854, qui, constitutionnellement, étaient *subordonnées* à celle de 1832 dont elles dérivent au même titre qu'une ordonnance ou un règlement

Digitized by Google

d'administration générale est *subordonné* à une *loi mère* qui règle ses conditions d'existence et sa *portée;* et que voir, dans la loi qui a fixé un chiffre de contingent, une loi qui a *épuisé* le droit du gouvernement, en fait de recrutement, c'est violer l'article 3 de la loi du 21 avril 1832 dans son esprit essentiel, et, par voie de conséquence, c'est violer aussi tous les principes de droit civil en annulant arbitrairement des contrats consentis de bonne foi, sous l'empire de ces lois, sous prétexte que les contractants ne les ont pas comprises; c'est violer enfin le *respect* dû aux *contrats*, et le principe qui ne veut pas que personne puisse s'abriter sous une prétendue *ignorance* de la *loi*.

§ 3.

La troisième cause d'erreur de la jurisprudence que nous combattons, c'est la méconnaissance qu'elle fait de cet axiome de droit :

» *Nul n'est censé ignorer la loi.* »

Dans les contrats ordinaires, cette maxime est d'une application facile. Ces contrats portent sur des choses *positives* et déjà réalisées, et d'une appréciation que facilitent naturellement les *habitudes* au milieu desquelles vit le juge lui-même. Mais dans les contrats *aléatoires*, le juge fait plus difficilement le rapprochement de la *pensée* des contractants avec la *loi* qui les régissait au moment du contrat, parce que préoccupé à son insu, et par une impression qu'il prend pour un *instinct* de son *équité* naturelle, des *résultats* du contrat souvent funestes à l'une des parties jusqu'à ressembler à l'iniquité même, il est tenté, malgré lui, de *venir* au *secours* de la partie lésée en *mitigeant* le contrat qu'elle avait *témérairement* consenti.

Cette intervention, *après coup*, dans le contrat, cette substitution de la *pensée* individuelle du *juge* à *celle* des *parties* est pourtant un manquement au plus essentiel des devoirs du juge, qui ne doit jamais perdre de vue la maxime de Bacon : « *Optima lex*, » etc.

L'axiome « *Nul n'est censé ignorer la loi* » n'est pas, en effet, une de ces règles *banales* qu'on puisse impunément mettre de côté sous prétexte d'*équité*, en *venant au secours* d'une des parties contractantes au préjudice de l'autre. C'est une vérité judiciaire *absolue* qui régit les contrats *aléatoires* au même titre qu'elle régit *tous* les autres contrats quels qu'ils soient.

Digitized by Google

Il n'est pas douteux, en effet, que toutes les parties, agents d'assurances ou pères de famille, stipulant pour les assurés, sont *majeures*. Elles sont donc entièrement sous l'empire de cette *fiction* de droit civil et public, d'une haute nécessité sociale, qui étend son influence inévitable sur les contrats aléatoires aussi bien que sur tous les autres.

A moins donc de *rayer* d'un trait de plume, d'*arracher* de notre Code le *titre* tout entier des *contrats aléatoires*, il faut dire que — sous l'empire d'une législation qui, dans son ensemble et en vertu de la loi mère du 21 mars 1832, rendait possible une loi qui augmentait le contingent, — les compagnies qui assuraient les familles contre les *risques* de la *guerre* ne peuvent être *relevées* de leurs engagements par l'effet d'une loi postérieure qui, loin de *rétroagir* sur le *contrat* déjà consenti, n'était que l'exécution constitutionnelle et le complément facultatif d'une loi *générale* à laquelle elle se rattachait intimement, et qui, tout aussi bien que la *loi* du *contingent* alors promulguée, *régissait* les parties quand elles ont contracté.

Où voit-on donc l'*erreur* dans le consentement des compagnies? Pour admettre cette erreur, on le voit, il faut recourir à cette excuse que la loi proscrit toujours et qui se tirerait de l'*ignorance* où l'on aurait été de son *esprit*.

Dès qu'une telle allégation n'est pas admissible en droit, quelle condition manquerait donc à la *validité* de ces contrats?

N'ont-ils pas été *libres?* A-t-on songé, dans aucune des *espèces* jugées, à les impugner pour cause de *dol*, de *fraude*, ou de *violence?*

Conteste-t-on qu'ils aient une *cause*, et une cause *licite?* Non, car la légitimité des spéculations auxquelles se livrent les compagnies d'assurances militaires n'a pas été mise en doute jusqu'à présent par nos lois, et elle est admise par nos mœurs. Il y a plus, — et, en dépit du préjugé contraire, que nous sommes loin de partager, quant à nous, si tant est qu'il existe, — ces compagnies sont une *nécessité* sociale, en présence des *besoins* auxquelles elles correspondent, au moins jusqu'à ce que leur industrie qui pourvoyait à ces besoins soit remplacée par l'institution officielle que nous promet le *projet de loi* [1] dont aujourd'hui le Corps législatif est saisi.

[1] Depuis que cet article est écrit, la loi a été votée.

Digitized by Google

Des *quatre* conditions indispensables à la *validité* de ces contrats, à savoir : 1° la *capacité* des *contractants*, tous *majeurs;* 2° la *cause* de l'obligation qui est reconnue *licite;* 3° la liberté du *consentement;* 4° et enfin l'*objet* du contrat, on a cherché à contester la dernière seulement qu'on *confond*, du reste, souvent sans s'en rendre compte peut-être, avec la troisième.

Mais qu'on s'accorde donc au moins dans les critiques qu'on fait?

Est-ce faute de *consentement* qu'on attaque ces contrats? Ou bien leur reproche-t-on de manquer d'*objet* déterminé?

Le *consentement?* Mais il était *libre*, — on ne le conteste pas, — et, quant à sa *portée*, nous prétendons, — avec tous les principes sur cette matière, — que ce consentement ne pouvait avoir d'autres *limites légales* que celles qui lui étaient assignées par une *législation* dont les contractants ne peuvent *prétexter ignorance.*

L'*objet* du contrat? Mais cet objet du contrat, qu'est-ce donc si ce n'est précisément l'élément *essentiel* de tous les contrats *aléatoires*, celui sans lequel ils ne seraient pas, en un mot, des contrats *aléatoires* et seraient autre chose, l'*alea*, c'est-à-dire les *risques* de *guerre* avec toute la *portée*, bien entendu, que comportaient les *lois* qui régissaient *forcément* le moment où il a été consenti.

Si donc les parties n'ont pas, — comme c'était incontestablement leur *droit*, nous le reconnaissons, — apporté des *restrictions exprimées* dans leur contrat, — à ces obligations ainsi tracées d'*avance*, bien qu'*implicitement*, par la *législation* existante; si elles n'ont pas formulé ces restrictions par les *termes* mêmes de leur contrat, est-ce que le juge ne manquerait pas au premier de tous ses devoirs en ne *respectant* pas cette *loi* du *contrat* que les parties se sont faite elles-mêmes?

Mais, sans s'en rendre bien compte, on est touché par une *considération* — qui se glisse pour ainsi dire dans la pensée à travers le cœur, je le veux bien, — mais qu'il faut bien *oser regarder en face* pour l'apprécier à sa *juste valeur*, car cette valeur est *nulle* en droit civil.

On se dit : « Mais les compagnies traitaient depuis quinze ans, » depuis trente ans, depuis quarante ans, en face des lois nou- » velles qui fixaient *invariablement* le contingent de l'armée à

Digitized by Google

» 80,000 hommes. Les contrats d'assurances qu'elles ont con-
» senti *avant* la promulgation de la loi du 13 avril 1854 étaient
» faits sous la foi de ces lois et de la plus récente qui, au
» 23 avril 1853, avait également fixé à ce chiffre le contingent
» de l'armée de terre. Or, en les contraignant à exécuter ces
» contrats, on les rendrait victimes d'une loi qu'*elles n'avaient*
» *pas prévue lors du contrat*, et qui est venue *changer* les *bases*
» de ce contrat. »

C'est bien là, je pense, l'objection qui est faite et l'objection non affaiblie? C'est à peu près à ces termes que se réduit tout le système que nous combattons.

Mais qui n'aperçoit le vice de ce raisonnement?

Il repose, comme on le voit, sur un *seul* côté de la question, mais sur le côté *étroit*, celui de la loi du 13 avril 1854 et de celle de 1853 prises isolément. Il ne tient pas compte des *véritables bases* de la discussion qui sont les lois des 10 mars 1818 et 21 mars 1832.

De ce point de départ, les partisans du système favorable aux compagnies arrivent tout de suite à des conséquences qui leur font fouler aux pieds tous les principes du *droit civil* lui-même.

Ainsi, — toujours pour venir au secours des compagnies, — on s'autorise de l'article 1163 C. civ., et on oublie que, comme toutes les règles d'interprétation, celle de l'article 1163 ne peut être légitimement invoquée par le juge qu'en l'*absence* d'un autre guide bien plus sûr, qui est la *nature* même du *contrat* consenti.

Or de quoi s'agit-il? D'un contrat *aléatoire;* on ne peut le contester. On méconnaîtrait donc tous les caractères *essentiels* de ce contrat si, — sous prétexte que quelques-unes des parties ont mal calculé l'*alea*, — on venait ainsi *corriger*, — au *profit* des uns, et par conséquent au *détriment* des autres, — les *mauvaises* chances produites par cet *alea*.

Le propre de cette sorte de contrats aléatoires, en effet, leur *essence* même, ce sans quoi *ils ne seraient pas ce qu'ils sont*, en un mot, c'est d'affranchir l'*assuré*, moyennant une *prime* une fois payée, de toutes les *chances* du *sort*, et de les transporter toutes sur l'*assureur*. C'est là l'*alea*.

Voyez l'article 350 du Code de commerce : est-ce qu'il hésite à mettre à la charge de l'*assureur tous* les *risques quelconques*,

Digitized by Google

faits de guerre ou autres, de quelque nature qu'ils soient, encourus en mer sur le navire assuré?

Eh bien! ce que dit l'article 350 n'est qu'une *déduction* naturelle, une *conséquence* logique des *principes* qui dominent tout contrat *aléatoire*.

L'industrie des compagnies d'assurances maritimes, en effet, comme celle des compagnies d'assurances militaires, l'*objet* de leur négoce, si l'on veut, consiste précisément à garantir aux *assurés*, moyennant une *prime fixe*, ou les *avaries* de mer, ou les *risques* de guerre. Les spéculations de ces compagnies embrassent donc nécessairement l'*avenir* et *toutes* ses chances, bonnes ou mauvaises, quelles qu'elles soient. Il en est de même des spéculations sur les *fonds publics* cotés à la Bourse. Ces spéculations sont autorisées par les lois, car elles constituent à elles seules un des puissants éléments de la richesse publique. Elles sont donc légitimes, et ne doivent pas être confondues avec les *jeux* de *bourse* défendus par les lois.

Les spéculateurs sur les *fonds publics*, et, par la même raison, les *agents* des *remplacements militaires*, ne peuvent donc être admis à se plaindre, en justice, d'une chance qui a tourné contre eux, ni d'une loi qui viendrait déranger leurs calculs ou déjouer leurs combinaisons, et causer leur ruine, pas plus que l'*assureur maritime* ne peut se plaindre, d'après l'article 350 C. comm., d'un *coup* de *mer* ou d'un *acte* de *piraterie* qui le force à rembourser à l'assuré le prix du navire englouti en mer ou *capturé* par l'ennemi. Sa *profession*, son métier d'*assureur*, c'est-à-dire de spéculateur, l'*exposait* à ces coups de la fortune. C'était à lui à les *prévoir*. L'étude de ces secrets de l'avenir, c'est là l'étude de toute sa vie.

Dire qu'il n'est pas *tenu* de *prévoir* une loi *future*, d'embrasser dans sa pensée des prévisions que le législateur lui-même n'avait pas embrassées dans les siennes; enfin, comme on se plaît à le répéter, dire qu'il n'est pas tenu d'*être plus sage* que la *loi*, en vérité *c'est ne rien dire;* car le *spéculateur* qui consent un contrat *aléatoire* est *tenu* en effet d'*être*, au point de vue de son intérêt privé, plus prévoyant, *plus sage que la loi*, puisque ses spéculations, on l'a dit, embrassent l'avenir qui n'est pas encore réglé par elle.

Que dirait-on, je le demande, d'un *banquier* qui, après avoir risqué une spéculation dans la *prévision* d'un *événement* ou

Digitized by Google

d'une *loi*, s'aviserait d'intenter une *action* en *indemnité* à la suite de cette opération par lui *risquée*, sous le prétexte qu'il n'était pas *tenu d'être plus sage que la loi?*

On lui répondrait avec raison que c'était sa profession de *prévoir* cette loi, comme tout autre événement dont l'avenir avait le secret.

Eh bien! le *devoir* des compagnies d'assurances était de *prévoir* que l'*état* de *paix pouvait* se changer en *état* de *guerre.* Comme tous, elles avaient des yeux pour *voir*, des oreilles pour *entendre*, une intelligence pour *apprécier*, *calculer*, *combiner*. C'était à elles à élever le *chiffre* de leurs prétentions et de leurs *primes* suivant l'*imminence* et l'*intensité* des *éventualités* de *guerre* soumises à leurs *libres appréciations*. La guerre, en effet, non-seulement par les ravages *matériels* qu'elle produit, mais par les seuls *préliminaires* qui l'annoncent, exerce une *influence* toujours plus ou moins *désastreuse* sur la fortune du pays et sur celle des particuliers. Si les compagnies de remplacements militaires ont *prospéré* tant qu'a duré l'état de paix, quoi d'étonnant qu'elles aient *souffert* quand à cet état de calme ont succédé des *menaces* de guerre?

Je l'ai déjà dit : je n'ai aucune *prévention*, aucun *préjugé*, aucun parti pris contre les *compagnies d'assurances* pour les *remplacements militaires;* je crois même leur industrie *nécessaire* et *légitime* tant qu'elle ne sera pas remplacée, au moins, par une institution qui puisse *fonctionner* à sa place. Mais, si mon intérêt leur est acquis devant leurs *pertes*, la pitié qu'elles peuvent m'inspirer s'arrête devant ma conscience de juge, et je leur accorde mes *sympathies*, mais non mes *secours* devant les *conséquences* d'un *contrat* qu'elles ont *librement* consenti. Je ne dois que mon *respect* à cette *loi*, si *rigoureuse* qu'elle soit, de ce *contrat.*

Si la guerre doit nécessairement faire des victimes — et, sans cela, serait-elle la guerre? — je demande pourquoi, entre les *familles*, d'une part, les familles qui, moyennant une *prime* convenue, c'est-à-dire un sacrifice *une fois fait*, — ont *dû*, sur la *foi* des lois sur le *recrutement*, — compter sur un remplacement *certain*, — et, d'une autre part, les *compagnies* qui avaient *garanti*, sous l'*empire* de ces *lois*, et *sans* restriction *exprimée* dans l'acte, ces remplacements, le juge faisant un choix, toujours délicat et *périlleux*, irait-il prendre pour *victimes* des

Digitized by Google

malheurs de la guerre ceux-là même qui ont tout fait pour s'en faire *préserver*, par un *sacrifice* déjà *consommé*, au moyen d'un contrat librement consenti, et dont l'*objet essentiel* était précisément d'en faire supporter *toutes* les *charges* par ceux qui en font leur *industrie habituelle*, et qui, par conséquent, sont bien moins *excusables* de s'être *trompés* dans leurs intérêts?

Qu'on y prenne garde : un tel *arbitraire* introduit dans la *jurisprudence* ne tendrait à rien moins qu'à amener, non-seulement la violation de la *foi publique*, en ce qu'il dépouillerait les familles des *garanties* sur lesquelles elles avaient dû compter, mais encore à amener assez rapidement la *ruine* des *compagnies* elles-mêmes, en rendant désormais *impossible* leur industrie; car qui croirait traiter, avec *sécurité*, avec une compagnie d'assurance, si, d'après la *jurisprudence*, les garanties qu'elle offre peuvent être *annihilées* par l'*interprétation* ultérieure des tribunaux; si enfin elle ne garantit le remplacement que pour l'*état* de *paix* et non pour l'état de *guerre* qui peut survenir au sein de la paix la plus profonde, et, en *apparence*, la mieux *assise?* Qu'est-ce, en un mot, qu'une *garantie* qui n'aura plus ses *limites* dans la *loi* du *contrat* seulement, mais dans la *vague*, et, par conséquent, *redoutable* appréciation du juge, faite *après coup*, c'est-à-dire à un moment où il ne pouvait que bien difficilement se mettre au *même point de vue* que les *contractants* eux-mêmes, lorsqu'ils ont formé leur engagement?

Ne semble-t-il pas, en vérité, que la *situation* que ferait aux compagnies cette jurisprudence arbitraire serait celle-ci : c'est que les *familles*, — en suivant la foi de ces compagnies, en se fiant à leurs promesses, en croyant à leurs *programmes* et à leurs *prospectus*, en se laissant prendre enfin aux séductions de l'*écriteau* affiché à leurs portes, — auraient donné dans des *piéges* tendus à leur bonne foi, et n'auraient recueilli, en échange de leur argent et de leur confiance, que des *illusions* et des *mécomptes*,—et tout cela devant le gouvernement qui, chargé de protéger la morale, aurait, les bras croisés, toléré cette *large exploitation* de la *crédulité* publique, et en face d'un *article* 405 du Code pénal qui, devant le scandale d'une telle *déception*, semblerait devoir se lever de lui-même pour écrire sur la *porte* des *maisons* de *remplacements militaires*, ainsi remplies d'*espérances chimériques* entretenues par de telles *manœuvres*, ces

Digitized by Google

mots trop mérités : *Grands magasins d'escroquerie à l'adresse des jeunes conscrits et de leurs familles !*

Il faut bien le dire : les *contrats* d'*assurance* pour les *remplacements militaires*, comme les contrats d'assurances *terrestres*, en général, ont eu quelque peine à se *naturaliser* parmi nous. Le moyen âge avait découvert et pratiqué le contrat d'assurance *maritime*, et il nous l'a légué. Nos Codes n'ont enregistré que celui-là.

Mais la planche était faite, car ce contrat répondait à un besoin universel. Le principe posé devait produire ses *conséquences* comme un arbre produit ses fruits. En vain les textes étaient muets, et le sont encore, — puisqu'une loi est encore à faire sur cette matière. A l'ombre de nos Codes et de nos lois qui ne contrarient pas ce progrès, se sont formées des *assurances* à peu près sur *tout* ce qui peut se *résoudre* en *argent*, sur les *risques* de *guerre*, les *incendies*, la *vie* des *hommes*, sur les *intempéries* des saisons, enfin sur tout ce qui est soumis aux *éventualités* de l'*avenir* et aux coups de la fortune, c'est-à-dire sur tous les intérêts qui embrassent la vie humaine, car l'*alea* touche au domaine de l'*infini* même et aux limites *extrêmes* du *possible*. Il n'appartient donc pas à la loi écrite de lui assigner une *limite* autre que celle de la *morale*, pas plus qu'il ne lui appartient d'imposer un frein aux *espérances* de l'homme. L'avenir n'est point un champ interdit à ses calculs. Si l'oracle de Delphes ne parle plus au nom de l'avenir, l'homme qui est toujours à la recherche de l'*inconnu* lui cherche, sinon un interprète, au moins une garantie ailleurs, et il la trouve dans les *compagnies d'assurances*. C'est un progrès pour l'humanité qui se console ainsi du mutisme de la Sibylle dont les oracles, si souvent menteurs, sont heureusement remplacés. Ceux des assurances se *traduisent* en *indemnités* palpables. Elles se substituent, — autant qu'il est donné de le faire à des institutions humaines, — à l'action de la *Providence* elle-même qui permet, dans la profondeur de ses vues, des *accidents* lésant les particuliers. Les assurances tendent à jouer le rôle de la Providence en *corrigeant*, au moins dans une certaine mesure et au point de vue des intérêts matériels lésés, les *torts* de la *fortune*.

C'est donc, suivant nous, *fausser* les *choses*, c'est se placer *en dehors* de l'*ordre* d'*idées* qui les régit, que de se laisser tou-

Digitized by Google

cher, en cette matière, par ce qu'on appelle des *considérations d'équité*.

L'*équité*, ou ce qu'on appelle ainsi, c'est la plus dangereuse ennemie de la *justice*. Là où le *droit* seul doit décider, l'*équité* doit être proscrite sans pitié. On l'a dit avec raison : l'*équité* de l'un, c'est l'*arbitraire* d'un autre : c'est le contraire du droit. C'est, à l'*insu du juge*, l'asile ouvert à la mauvaise foi du plaideur, c'est un encouragement dangereux à ses plus mauvaises espérances. Celui-ci n'a jamais à se plaindre quand la justice du juge lui fait supporter les *conséquences*, quelles qu'elles soient, d'un contrat par lui *librement* consenti. L'*équité*, c'est un domaine illimité ouvert à tous les envahissements du caprice et de la fantaisie, et où le juge ne peut mettre en sûreté sa conscience, qui n'est en pleine sécurité que sous l'aile du *droit*, c'est-à-dire de la justice, droite et pleine, telle qu'elle a été *voulue* par la *loi*.

On croit n'écouter que l'*équité* en venant, dit-on, au secours des compagnies pour corriger, *après coup*, les mauvaises chances qu'elles n'ont *pas su* calculer, et on ne réfléchit pas qu'avec une telle jurisprudence, on porte une atteinte grave à la foi publique et, par suite à la prospérité du pays, tout en ruinant du même coup, comme nous l'avons dit déjà, les *compagnies* elles-mêmes, et de plus on fausse, selon nous, l'institution même de la justice des tribunaux.

Il ne faut point, en effet, se faire une idée inexacte et exagérée de la *mission* des tribunaux, c'est-à-dire de leur *influence* sur les *contrats* consentis par les parties. Cette mission et cette influence sont déjà assez étendues et assez belles pour qu'elles ne perdent rien à être renfermées dans leur sphère *légitime*. Le devoir des magistrat est de faire *respecter* par les parties les *contrats* qu'elles se sont *librement* consentis, et de ne briser que ceux qui sont *sans base* légale, ou désavoués par la *loi*; mais leur mission n'est point de *faire* ces *contrats*, de les *amender*, de les *corriger après coup*. Les tribunaux *disent* le *droit*, ils le *proclament*, mais ils ne le *font* pas. Ce ne sont pas les juges qui *forment* le *lien* par lequel les parties sont engagées, ce sont les *parties elles-mêmes*.

Aller au delà, et substituer sa *propre pensée* à celle des *parties*, sous prétexte d'*amendement*, ce serait donc, de la part de la justice, manquer au plus sacré et au plus étroit de ses

Digitized by Google

devoirs. Si une tendance opposée se manifestait, si un *préjugé* contraire s'accréditait au sein des tribunaux *civils*, dans un milieu favorable à ces illusions, — il faudrait se hâter d'avertir les tribunaux du *danger* auquel les exposerait une si grave *erreur*, féconde en *procès*, et fatale à la prospérité comme à la *moralité* publique elle-même; car elle paralyserait l'essor de la première et altérerait la seconde en enlevant toute *sécurité* aux transactions de la vie civile.

Assurément, — nous en sommes persuadé, — les tribunaux n'ont point mesuré les *conséquences* de cette doctrine quand ils se sont laissés aller à *relever* les *compagnies* de leurs engagements, mais ils ont cédé à une *impression secrète* qui, si elle ne se *justifie* pas, s'*explique*, au moins, assez naturellement, par les *circonstances* au milieu desquelles cette jurisprudence s'est formée.

Nous vivons depuis 1814, c'est-à-dire depuis quarante ans, dans une *paix* profonde. Nous avons dû *contracter* les *habitudes* de quiétude d'esprit qu'entraîne forcément un si long état de paix. Sous l'empire de la loi du 10 mars 1818, comme sous celui de la loi du 21 mars 1832, 80,000 hommes au plus avaient suffi, chaque année, aux besoins de l'armée. Jamais ce chiffre n'avait été dépassé. Il était accepté par l'opinion comme une sorte de vérité *immuable* et permanente. On voyait sous l'empire de ces lois, fonctionnant dans ces *limites*, se former des *compagnies* nombreuses d'*assurances militaires* qui, naturellement, *prospéraient* dans des conditions si *favorables* et dans cet état de paix continu, et on se faisait à ce *spectacle* de leur *feinte prospérité*. Mais il semble qu'on n'aura rien à apprendre à personne en disant que ces compagnies, si prospères en temps de paix, ont dû voir l'édifice de leur prospérité ébranlé par l'*état de guerre*.

C'est ce qui ne pouvait manquer d'arriver. C'était une crise par laquelle elles devaient passer. La guerre s'est *annoncée* par des *symptômes* plus ou moins manifestes, comme il arrive toujours, avant que d'être *déclarée*. En d'autres termes, ces *risques de guerre* ont pesé d'un poids plus lourd sur les *compagnies*. Mais n'est-ce pas tout naturel? N'était-ce pas la *loi fatale* de leur industrie? Les risques de guerre ont augmenté pour tous. C'est ce que la loi du 18 avril 1854 a constaté en augmentant de 60,000 hommes, en vertu de l'article 3 de la loi du 21 mars

Digitized by Google

1832, ce contingent de 80,000 hommes qui avait, jusqu'alors, suffi pour le pied de paix.

Les compagnies d'assurances se sont récriées. Mais de quoi avaient-elles à se plaindre? Ne s'étaient-elles pas librement *exposées* à tous les *risques de guerre*, dans toute l'*étendue* que comportaient les *lois en vigueur lors* de leurs *contrats*, c'est-à-dire avec la faculté, dans les mains du gouvernement, de faire *augmenter* par une loi ce *chiffre* jusqu'alors connu du *contingent militaire?* Les compagnies pouvaient-elles prétendre avoir, lors de leurs contrats, *ignoré ce droit* du gouvernement, le plus essentiel de tous ceux qui engagent sa responsabilité envers le pays, car il n'en est pas de plus sacré pour lui que la défense du territoire, et l'abandon de ce devoir impliquerait de sa part une trahison au premier chef?

Reste une dernière *objection*. On est allé jusqu'à *assimiler* la loi du 13 avril 1854 à un fait de *force majeure*, à ce que les anciens jurisconsultes appelaient un *fait de prince*.

Un *fait de prince!* La loi du 13 avril 1854? Une loi *régulièrement votée* par les pouvoirs publics dans la sphère de leurs attributions constitutionnelles, en conséquence d'une législation née sous des lois antérieures que nous avons citées!

La loi du 13 avril 1854! Une *force majeure!* C'est-à-dire un fait que les parties contractantes étaient dans l'*impossibilité absolue de prévoir lors* du contrat, et qu'elles seraient dans l'impossibilité absolue d'*empêcher après* le contrat! Qui peut croire à aucune de ces prétendues impossibilités?

Mais cet argument tiré du *fait de prince* ou de la *force majeure*, c'était l'argument d'une défense désespérée. Aussi paraît-on y avoir renoncé, puisqu'il ne se glisse que timidement et presque inaperçu dans les *considérants* de quelques arrêts.

On semble donc passer condamnation sur ce point et reconnaître que la loi du 13 avril 1854 n'est point un *fait* de *prince* ou de *force majeure*, mais un événement *normal*, puisque c'est une *loi régulière*. Ce n'est, comme on l'a vu plus haut, qu'en *mettant* de *côté* toute notre *législation* sur le *recrutement* militaire qu'on se croit autorisé à dire que cette loi du 13 avril 1854, dans laquelle on veut bien renoncer à voir un *fait* de *prince*, a *changé* les *bases* et les *conditions* du contrat.

Nous croyons avoir démontré, — avec les lois du 10 mars 1818 et du 21 mars 1832, et les discussions qui ont précédé ces lois

Digitized by Google

et qui en expliquent assez l'*esprit* et la *portée*, — que, loin d'avoir *changé* les *bases* et les conditions du contrat, la loi du 13 avril 1854 n'a été que l'*exécution normale*, la *suite légitime*, le *complément constitutionnel* de celle du 21 mars 1832 qui, dans son article 3, contient des dispositions d'*ensemble*, et dans son article 28, des dispositions de *détail*, où se trouve explicitement ou implicitement, mais *clairement* assigné, le *droit permanent* des *appels successifs* sur une *même classe*, droit qui faisait la *règle* des *parties*, et dont les compagnies ne pouvaient *prétexter ignorance*, et qui, dès lors, les rend non recevables à faire à cette loi, en ce qui concerne les contrats d'assurances *avant* sa promulgation, un reproche de *rétroactivité* qui ne saurait l'atteindre comme il atteindrait une loi *civile ordinaire* et *isolée* de toute autre.

Pour démontrer plus complétement la vérité de cette *théorie* qui maintient le *respect* dû aux *contrats* consentis *avant* la loi du 13 avril 1854, nous demandons à poser une *hypothèse :*

Est-ce que si, au lieu d'*augmenter* de 60,000 hommes le *contingent* de l'armée jusqu'alors fixé à 80,000 hommes, le Gouvernement, en présence de nouvelles garanties de *paix* pour l'avenir, eût cru *pouvoir* faire *réduire*, par une *loi* nouvelle, de 40,000, c'est-à-dire de *moitié*, le contingent *ordinaire* de *paix*, — est-ce que, je le demande, les tribunaux auraient *accueilli* la *prétention* des *assurés*, si ceux-ci étaient venus leur demander la *réduction proportionnelle* des *primes d'assurances* par eux versées aux *compagnies ?*

Je ne puis supposer, je l'avoue, qu'on ose soutenir l'*affirmative ;* car aller jusqu'à admettre une telle *conséquence* du système qu'on soutient, ce serait fouler aux pieds tous les principes du droit qui régissent les contrats *aléatoires* et ses vérités les plus élémentaires.

Une semblable prétention, en effet, de la part des *assurés*, si elle pouvait être produite, serait victorieusement repoussée par ces *compagnies*, qui ne manqueraient pas de dire aux assurés : — « Les chances de *gain*, c'est-à-dire les *bonnes chances*, » les chances de *paix*, sont *pour* nous, grâce à la paix qui se » raffermit au point d'autoriser le Gouvenement à *réduire* de » la moitié les demandes d'hommes; de même que les chances » de *perte*, c'est-à-dire les *mauvaises* chances, les chances de

Digitized by Google

» *guerre*, auraient été *contre* nous si la guerre eût été me-
» naçante. C'est la *loi* de notre contrat, c'est la loi de *tous* les
» contrats *aléatoires possibles*. Nous en profitons et nous la su-
» bissons, comme, en sens contraire, vous en auriez profité,
» tandis que nous l'aurions subie. Nous *bénéficions* de la paix,
» comme nous aurions *souffert* de la guerre par la *volonté* et la
» *force* du même *contrat*. De quoi vous plaignez-vous donc, vous,
» *assurés*, qui, par votre *prime*, vous êtes mis à l'*abri* des
» chances bonnes ou mauvaises? Que venez-nous donc nous
» parler de la *réduction* de cette *prime?* Elle nous est *acquise*
» tout entière *telle* qu'elle a été *librement* stipulée dans notre
» *contrat*, et la prétendue *équité* qui viendrait la *réduire après*
» *coup* serait à notre respect une *iniquité* véritable; car elle nous
» enlèverait *arbitrairement* les *bénéfices légitimes* de notre *indus-*
» *trie* périlleuse. Une telle sentence serait une *condamnation à*
» *mort* de cette industrie et de tous les contrats *aléatoires* du
» monde. Qui donc désormais voudrait en souscrire avec la *per-*
» *spective* d'un jugement qui viendrait, *après coup*, *briser* ces
» *engagements* pris? »

Eh bien! en retournant les termes de cette proposition, je dis : — « Lorsqu'au lieu des garanties d'une *paix* qui s'*affermit*,
» le Gouvernement, *usant* de son *droit*, a fait rendre une loi qui
» *accroît* les *charges* des *compagnies d'assurances*, celles-ci n'ont
» à imputer qu'à *elles-mêmes* de n'avoir pas *calculé* le chiffre de
» leurs *primes d'après* les *craintes* de *guerre*. Le juge ne lui *doit*
» point les *secours dangereux* d'une *fausse équité* qui le condui-
» rait à *violer* un principe de droit inscrit, avant tous les autres,
» sur le drapeau de la *justice : Respect aux contrats.* »

GIRARD DE VASSON.

Digitized by Google

REVUE DES RECUEILS ÉTRANGERS [1].

Par M. Kœnigswarter, membre correspondant de l'Institut.

Einert. — De l'essence et de la forme du contrat littéral au temps de Justinien, et sa comparaison avec la lettre de change. Leipzig, Tauchnitz, 1852.

A plusieurs reprises nous avons entretenu nos lecteurs des difficultés avec lesquelles la pratique du droit allemand a à lutter, en voulant parquer les rapports sociaux modernes sous les anciennes rubriques et formes du droit romain. Quand on considère quel rôle subalterne le commerce a joué chez les Romains, et quelle est sa toute-puissance aujourd'hui, on comprendra que ces difficultés doivent se représenter le plus souvent dans les matières du droit commercial. En effet, la lettre de change, l'assurance terrestre et maritime, les nouvelles modifications au contrat du mandat et de la commission, la faillite et la banqueroute, ont créé des rapports ou point ou très-imparfaitement connus aux jurisconsultes romains. Ainsi, les juristes allemands se sont ingéniés, durant des siècles, à savoir sous quelle forme de contrat du droit romain devait être rangée la convention résultant de la lettre de change, jusqu'à ce qu'un esprit transcendant eût prouvé que c'était un contrat nouveau et *sui generis*. Cet esprit fut Einert, qui eut la gloire de poser la nouvelle théorie rationnelle du contrat de change, puisée dans la pratique et dans les rapports commerciaux, dans son ouvrage : *Das Wechselrecht nach dem Bedürfnisse des Wechselgeschäftes im neunzehnten Jahrhundert* [2]. Leipzig, 1839. Ce livre a eu la gloire encore plus grande de servir de base à la loi du 24 novembre 1848, qui est devenue la législation de 70 millions d'individus [3].

D'après le compte rendu de M. Fick, l'auteur a été moins heureux dans l'exposition du contrat littéral chez les Romains, et dans sa comparaison avec le contrat de change moderne. C'est qu'il y a des difficultés inhérentes à la nature même des choses contre lesquelles échouent même les plus habiles; M. Einert a été cette fois du nombre.

[1] V. *suprà*, p. 358.
[2] Le droit de change d'après les besoins du commerce au XIXe siècle.
[3] V. plus haut, t. V, p. 591 et suiv.

Digitized by Google

TRAITÉ DES OBLIGATIONS (*Das Obligationen-recht als Theil des heutigen Roemischen Rechts*), par Fr. Ch. DE SAVIGNY. Vol. I. Berlin, Velt, 1851.

Nous nous réservons de revenir plus tard sur cet ouvrage, qui est en tout point digne de l'auteur de l'*Histoire du Droit romain au moyen âge*.

ÉLÉMENTS DU DROIT INTERNATIONAL, par Henry WHEATON. 2e édit. 2 vol. Leipzig, Brockhaus, 1852.

L'ouvrage de Wheaton avait paru d'abord en anglais à Londres en 1836; en 1848, il en parut une traduction française revue et augmentée. C'est cette dernière qui se trouve réimprimée dans la présente édition, et il est à regretter que l'éditeur n'ait pas jugé convenable de mettre l'ouvrage en harmonie avec les changements survenus de 1848 à 1852. Du reste, l'ouvrage de Wheaton est apprécié en Allemagne comme un livre bon à consulter sur le droit international pratiqué par la Grande-Bretagne et les États-Unis, mais il n'est pas estimé comme un traité dogmatique établissant les vrais principes du droit des gens.

PRINCIPES DU DROIT ANGLAIS sur la propriété territoriale, les successions et le régime des biens entre époux, par Thomas SALLY, barrister at law of the Middle-Temple. Berlin, Enslin, 1853.

Cet opuscule, écrit d'abord en anglais et traduit depuis en allemand, donne un aperçu sur la partie la plus importante de la législation civile actuelle de l'Angleterre. On a en effet, tant en France qu'en Allemagne, bon nombre d'ouvrages qui s'occupent de la législation et de la procédure criminelle du Royaume-Uni; plusieurs auteurs ont consacré leurs études aux institutions anciennes, soit sous les Anglo-Saxons, soit sous les Normands, mais la loi civile contemporaine est ce qu'il y a de plus inconnu sur le continent.

Le premier chapitre énumère les différentes sources du droit anglais : le droit coutumier (*common law*), le droit écrit (*statute law*), le droit romain (*civil law*), le droit canonique, et la jurisprudence de la Cour de chancellerie (*chancery court*). Cette simple énonciation montre que rien ne ressemble en Angleterre, sur le terrain du droit et de la législation, à ce qui existe dans les pays romano-germaniques; les mêmes mots ont une signification toute différente. Le droit statutaire se dit sur le conti-

Digitized by Google

nent assez fréquemment des anciennes coutumes de villes ou de provinces, et, sous ce rapport, il se range plutôt sous ce que nous appelons le droit coutumier; en Angleterre *statute law* se dit au contraire de la loi écrite, parce qu'elle est contenue dans les lois du parlement, qui portent le nom de *statutes*, par opposition au droit coutumier non écrit (*common law*). Ce sont là les deux sources les plus importantes du droit anglais. L'importance du droit romain et canonique est beaucoup moindre; leur influence sur la législation n'a point été directe comme dans les pays romano-germaniques, mais elle a servi de modèle et elle a façonné les jurisconsultes de l'Angleterre. Une autre bizarrerie est que les Anglais appellent le droit romain *civil law*, tandis que sur le continent le droit civil signifie presque toujours le droit privé moderne par opposition à celui de Rome. Quant à la jurisprudence de la cour de chancellerie, qui agit comme cour d'équité et comprend une foule de matières dans ses attributions, son action se rapproche beaucoup de celle du préteur à Rome; comme lui cette cour juge *confirmandi, corrigendi*, mais surtout *supplendi juris civilis gratia* (L. 7, § 1, *Dig.* 1, 1. *De just. et jure*).

Le second chapitre traite de la distinction des biens en biens immobiliers et mobiliers (*real and personal property*), dont les conséquences dans la loi anglaise sont plus importantes encore que dans le droit français et allemand. Les diverses formes de la propriété territoriale (*tenures*) forment l'objet du chapitre suivant; le quatrième traite des différents droits réels, ce que nos auteurs appellent fréquemment les démembrements de la propriété; parmi ces droits, le *building leasehold*, qui consiste à concéder une superficie pour bâtir pendant quatre-vingt-dix-neuf ans, à condition qu'après ce laps de temps la construction appartiendra au propriétaire du sol, est d'un très-fréquent usage en Angleterre, et un grand nombre de fortunes immobilières se sont formées de cette manière, notamment dans les grandes villes.

Les successions forment le cinquième chapitre. C'est dans cette matière que la distinction entre *real* et *personal property* est poussée dans ses dernières conséquences; car l'ordre de succession n'est pas le même pour ces deux sortes de biens.

L'hérédité *ab intestat* des biens immeubles avait conservé jusqu'en 1833 toute la rigueur du droit féodal : l'aîné seul suc-

Digitized by Google

cédait; les ascendants étaient exclus ainsi que les frères et sœurs consanguins et utérins, ou leurs descendants; parmi les collatéraux, il n'y avait d'appelés que ceux qui descendaient en ligne directe du premier acquéreur de la propriété. Ces aspérités du vieux droit féodal ont été adoucies par les statuts 3 et 4 de Guillaume IV, ch. 106; mais le droit de primogéniture a été confirmé. Toutefois ce privilége du premier-né n'ayant lieu qu'*ab intestat*, le possesseur de toute terre libre pouvant donner par testament son bien à qui bon lui semble, à sa fille, à un étranger même, ce droit perd beaucoup de sa valeur dans la pratique, d'autant plus que chacun en Angleterre fait des dispositions testamentaires.

Quant à la succession aux biens meubles, elle se fait d'après les principes de notre droit, sans distinction de sexe ni de primogéniture, d'après la proximité du sang.

Après les *freeholds* et les *copyholds*, dont les propriétaires ont la libre disposition, il y a les *estates tail* ou *entails*, dont l'hérédité est déférée, d'après l'ordre spécial réglé par un des anciens possesseurs; cette espèce de *tenure* se rapproche des *fidéicommis* encore en usage en Allemagne et dans quelques autres pays. L'opinion publique a toujours été défavorable à cette institution, que plusieurs actes du parlement ont cherché à supprimer ou tout au moins à circonscrire. L'acte parlementaire de 1833 (*Statut.*, 3-4, William IV, ch. 74) a fixé la matière en ce sens, que la perpétuité de ces fidéicommis est abolie, et que ces dispositions ne peuvent plus sortir effet au delà de la mort des personnes en faveur desquelles elles sont faites, ni pour un terme plus long que vingt et un ans.

Le régime des biens entre époux, fixé ordinairement par des *marriage settlements*, forme l'objet du septième chapitre; cette partie de la loi anglaise se distingue par les solides garanties qu'elle offre à la fortune des femmes et des veuves.

La *trust* et les *settlements* sont le sujet des derniers chapitres. La première est une institution essentiellement anglaise qui n'a point de similaire ni en France ni en Allemagne. C'est une espèce de tutelle ou curatelle qui a lieu chaque fois que des biens sont possédés par un autre que le nu-propriétaire; elle a pour but de pourvoir à ce que le revenu des biens ne soit pas détourné de sa destination, et à ce que la propriété revienne intacte dans ses mains.

Digitized by Google

Quant aux *settlements*, ce sont des dispositions faites entre-vifs, le plus souvent à l'occasion des mariages, qui règlent le régime et souvent la succession des biens dans la famille; elles se rapprochent des *convenances de succéder* de notre ancien droit français, et des *Hausgesetze* encore en usage parmi les familles souveraines et médiatisées de l'Allemagne.

En somme, l'ouvrage de Sally peut donner une notion générale des principales matières du droit privé de l'Angleterre.

Le reste de la livraison contient des comptes rendus sur les ouvrages suivants :

De Atheniensium actionibus forensibus publicis liber singularis; par Otto Dorpat, 1852.

Du rapport de la LEGIS ACTIO SACRAMENTO *avec la* SPONSIO PRÆJUDICIALIS; par Stintzing. Heidelberg, 1853.

Sources et monuments du droit français antérieurs au XVe siècle, ou Bibliothèque de l'histoire du droit civil français, depuis les premières origines jusqu'à la rédaction officielle des coutumes; par Kœnigswarter (Louis-J.). Paris, Durand, 1853.

De l'indivisibilité des servitudes; par Heinzelmann. Nördlingen. 33 p. in-8.

Manuel de pratique judiciaire; par Fréd. Schnaubert. Iéna, 1853, vol. I.

Enfin, une nomenclature des ouvrages de droit ayant paru en Allemagne pendant l'année. KOENIGSWARTER.

BIBLIOGRAPHIE.

LA TEMI, JOURNAL DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE.

Par MM. Giuseppe et Lorenzo PANATTONI, avocats à Florence (Firenze), via S. Egidio, n° 6639.

Compte rendu par M. BONNEVILLE, conseiller à la Cour impériale de Paris.

La mission supérieure de cette *Revue* étant la propagation des principes du droit et leur meilleure application possible, soit aux intérêts publics et privés de la France, soit aux institutions et aux intérêts des autres nations du monde, c'est pour elle un devoir de signaler les publications qui, comme

Digitized by Google

elle, se produisent à l'étranger dans un but de progrès scientifique.

Au premier rang de ces utiles publications se place *la Temi*, éditée à Florence, sous l'habile direction de deux éminents jurisconsultes du grand-duché de Toscane, MM. Panattoni. Les livraisons mensuelles de *la Temi* (*fascicoli*), de sept à huit feuilles grand in-8°, impression de luxe, forment chaque année un beau volume de 800 pages.

Le but éminemment civilisateur de cette revue est de reconstituer dans les régions pacifiques de la science du droit, cette unité italienne vainement rêvée jusqu'à ce jour au point de vue national. Ainsi, tout en respectant scrupuleusement les barrières que la politique a créées entre les divers États de la Péninsule, *la Temi* s'efforce, par l'autorité médiatrice de la discussion, de rapprocher les doctrines, d'uniformiser les pratiques, de concilier les jurisprudences, et de faire régner, au bénéfice de la sécurité générale, les principes immuables du droit sur cette terre d'Italie, jadis un des foyers les plus féconds et les plus lumineux de la science juridique.

La réalisation de cette noble pensée a suffi pour assurer, en Italie, le légitime succès de *la Temi*.

Mais enhardie par ce succès même, et fondée d'ailleurs comme la *Revue critique*, moins en vue d'une spéculation que par l'amour de la justice (« *per amore della Giustizia privata e publica* »), la revue de Florence n'a pas tardé à élargir le cadre de ses études, à diversifier la nature de ses travaux, afin de pouvoir étendre au loin sa publicité, et par suite aussi le bienfait de ses enseignements et de la propagande doctrinale.

Donc, tenant principalement compte de l'influence si considérable que la jurisprudence française ne cesse d'exercer sur toutes les législations européennes, *la Temi* s'est, pour ainsi dire, constituée en revue *italienne-française*, embrassant désormais dans la sphère de ses élaborations et de sa judicieuse critique, non-seulement la législation et la jurisprudence *comparées* de la France et de l'Italie, mais tout ce qui touche de près ou de loin à l'incommensurable domaine du droit.

Aussi trouvons-nous dans chaque *fascicolo*, en regard des plus notables décisions de nos tribunaux et de nos légistes *français*, le résumé de la jurisprudence et de la doctrine des Cours de justice et des jurisconsultes de la Toscane, du Piémont, de

Digitized by Google

Parme, de Modène, de la Lombardie vénitienne, des États romains, de Naples, etc.

Ainsi, l'*économie politique et sociale*, le *crédit foncier* ou *mobilier*, l'*enseignement universitaire*, la *statistique*, la *science pénitentiaire*, le *droit public*, y font-ils tour à tour, comme le *droit naturel*, le *droit romain*, le *droit civil*, *criminel*, *commercial*, l'*histoire* et la *philosophie du droit*, la *médecine légale*, les *lois de la presse*, la *partie administrative et judiciaire*, l'objet de dissertations savantes et approfondies.

A cette réunion si intéressante et si variée de documents scientifiques, viennent se joindre l'examen des principales œuvres législatives, éditées tant en France qu'en Italie, et le compte rendu des travaux les plus remarquables des jurisconsultes et publicistes des deux pays.

Tant de matériaux réunis expliquent déjà surabondamment la juste faveur dont commence à jouir en France *la Temi;* mais ses infatigables et dévoués rédacteurs, dépassant encore les promesses de leur propectus, semblent désormais vouloir donner à leur publication un véritable caractère *européen*.

Grâce au précieux concours de leur illustre collaborateur Mittermaïer, nous les voyons initier leurs nombreux lecteurs à l'état des législations de l'Allemagne, de l'Angleterre, de l'Espagne, de la Sicile, etc.; en signaler les origines, les phases diverses, les imperfections, les progrès; en un mot, passer en *revue* toutes les émanations législatives, tous les travaux importants de droit qui se produisent dans presque tous les pays de l'Europe.

On comprend quel puissant intérêt un tel recueil, rédigé avec un soin consciencieux, rempli des documents les plus curieux et les plus nouveaux de la législation contemporaine, doit avoir pour tous les légistes européens qui comprennent l'harmonieuse langue des *Beccaria*, des *Romagnosi*, des *Carminagni*, etc.

Mais je vais plus loin : je dis que cet intérêt peut exister, presqu'à un égal degré, pour ceux-là même (et ils sont nombreux en Europe) qui n'ont d'autre notion de la langue italienne que cette prédisposition intinctive, que cette aptitude spéciale qu'assure à chacun de nous la simple réminiscence des études classiques.

A cet égard, les revues *italiennes* ont un mérite particulier qu'on n'a pas fait assez ressortir et sur lequel on me pardonnera

Digitized by Google

d'insister, car il importe à la propagation si désirable des fécondes études du droit *international et comparé*.

Personne n'ignore que notre législation moderne a ses principales racines dans le droit romain, dans le droit canonique, dans les édits, capitulaires, miroirs, glossaires et autres éléments fondamentaux de toute la science juridique;

Que la plupart de ces antiques et précieux documents sont rédigés en langue latine;

Qu'enfin cette langue si concise et si énergique des anciens dominateurs du monde a seule, comme *langue mère* ou langue classique, conservé le privilége de l'universalité, en ce sens qu'aujourd'hui encore elle est estimée par les savants de tous les pays.

Or supposez que chaque législation du globe fût conçue ou traduite en langue *latine*, n'apercevez-vous pas immédiatement l'immense impulsion de progrès qui serait imprimée à la science du droit en général, cette première de toutes, dit Cicéron, *scientiarum omnium domina et regina*[1], et spécialement à celle du droit comparé, alors que les légistes de tous les pays pourraient, à l'aide de cet idiome commun, étudier, compulser, commenter les diverses législations du monde civilisé?

C'est évidemment en vue de cette haute considération d'intérêt social et de progrès scientifique que Napoléon Ier avait jadis fait exécuter, sous la direction du savant *Marescalchi*, une traduction *latine officielle* de son Code civil, qu'il regardait avec raison comme le monument le plus parfait, comme l'expression la plus avancé de la science du droit[2].

Cet exemple n'a malheureusement pas été suivi, et nous sommes condamnés à avoir dans nos bibliothèques des Codes allemands, anglais, hollandais, suédois, russes, espagnols, portugais, qui sont pour la plupart d'entre nous autant de lettres closes, autant de richesses inconnues!

Ces faits posés, je reviens à *la Temi*, et je dis qu'une revue *italienne* qui expose, commente, analyse les documents légis-

[1] *De officiis*.

[2] Cette traduction, approuvée par un décret daté de Munich, le 16 janvier 1806, a été imprimée à Milan (*dalla reale stamperia*). L'édition est grand in-4°; en tête se trouve un beau portrait de Napoléon par J. Soughi. La traduction latine figure au-dessous des textes français et italien. Ce livre, assez rare aujourd'hui, est très-recherché des jurisconsultes bibliophiles.

Digitized by Google

latifs et les travaux des jurisconsultes de tous les pays, peut, jusqu'à un certain point, suppléer au rôle d'*interprète universel* qu'aurait pu remplir la langue latine.

Un jurisconsulte français me racontait naguère, à ce propos, le fait suivant :

Quelques *fascicoli* de *la Temi*, me dit-il, m'étant tombés sous la main, j'essayai, à la seule lueur de mes souvenirs de latinité, de traduire l'un d'eux, et j'y parvins sans trop de peine, en m'aidant d'un dictionnaire. Ce *fascicolo* m'ayant vivement intéressé, j'entrepris de lire le second, et je le fis avec infiniment moins de travail. Le troisième ne m'offrit que peu de difficulté. Fier de mon succès, et curieux d'ailleurs de continuer l'étude de ces précieux documents de droit étranger, je me hasardai à prendre un abonnement, et aujourd'hui je lis très-facilement chacune de mes livraisons mensuelles. J'ai eu l'avantage d'apprendre en quelques mois, et sans fatigue aucune, une langue vivante que j'ignorais, et je puis désormais, au moyen de ma revue italienne, me tenir au courant des progrès de la science et des travaux juridiques qui se produisent dans presque tous les pays de l'Europe.

A ce dernier point de vue, c'est-à-dire en vulgarisant la langue italienne, et par suite en livrant à une innombrable série de nouveaux lecteurs tous les secrets, tous les trésors des législations étrangères contemporaines, *la Temi* me paraît pouvoir, dans un avenir prochain, acquérir une immense et salutaire influence sur le mouvement progressif de la science du droit universel.

Cet accroissement de publicité permettrait à la rédaction de se montrer de plus en plus sévère dans le choix de ses matériaux; de consacrer une plus large place à la citation des documents officiels ou originaux, et surtout au développement des idées novatrices qui tendent au perfectionnement graduel soit de la législation, soit de la pratique judiciaire, soit des institutions de sécurité publique; enfin de signaler tout ce qui, dans la sphère juridique européenne, mérite d'appeler l'attention des gouvernements et des esprits sérieux.

Quoi qu'il en soit, *la Temi*, restreinte au programme qu'elle s'est tracé, nous paraît, sous tous les rapports, un excellent recueil et par la pensée supérieure qui le dirige et par la manière remarquable dont il est exécuté.

Digitized by Google

Nous ne pouvons donc qu'encourager ses savants rédacteurs à persévérer dans leur œuvre d'intérêt scientifique.

Nous engageons tous ceux qui, par position ou par goût, sont voués aux travaux de droit, à consulter, ne fût-ce qu'à titre d'essai, cette intéressante revue de Florence.

Tous, nous n'hésitons pas à l'affirmer, auront à se féliciter de s'être ainsi procuré un intarissable sujet d'études de doctrine et de législation comparée. BONNEVILLE.

CHRONIQUE.

ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE.

INSTITUTION DE LA FÊTE DE CUJAS.

Dans sa séance ordinaire du 2 mai 1855, l'Académie de législation de Toulouse a, sur la proposition de M. Bénech, secrétaire perpétuel, institué une fête en l'honneur de Cujas.

Cette proposition est ainsi conçue :

« MESSIEURS ET CHERS CONFRÈRES,

» En se constituant, il y a quatre ans, dans la patrie de Cujas, peu de jours après l'inauguration de la statue que Toulouse lui a érigée, et à quelques pas de cette statue, l'Académie de législation se consacrait au culte de la science dont l'inimitable jurisconsulte est resté la plus haute expression.

» Votre compagnie se plaçait donc naturellement sous les auspices du Papinien des temps modernes ; elle le choisissait et le proclamait comme le symbole le plus glorieux de l'importante mission qu'elle venait de se donner. Bientôt après, pour révéler de plus en plus votre pensée, vous avez voulu que l'effigie de Cujas fût gravée sur vos médailles d'argent et de bronze. Un tel patronage ne pouvait que porter bonheur à votre institution, qui est redevable peut-être, au prestige de ce nom, d'une partie des adhésions sympathiques qu'elle a partout rencontrées.

» J'ai l'honneur de proposer à l'Académie de faire un pas de plus dans l'expression de l'esprit de reconnaissance et d'admiration dont elle est animée pour le chef de l'école romaine et

Digitized by Google

de l'école historique, et de délibérer qu'à l'avenir sa séance publique annuelle portera le titre de FÊTE DE CUJAS.

» Vos suffrages, toujours sympathiques aux idées morales et aux intérêts de la science, me paraissent acquis d'avance à cette proposition, qui, par les résultats qu'elle amènerait, précisément pour que son but, celui de la manifestation d'un respect exceptionnel pour un homme tout exceptionnel, fût convenablement atteint, doit, à mes yeux, imprimer un nouveau mouvement aux progrès que vous avez déjà accomplis.

» Comment cela, messieurs? Parce que la fête de Cujas, par l'élan dont elle deviendrait infailliblement le principe, ferait éclore des travaux juridiques importants que leurs auteurs seraient jaloux de marquer de ce sceau.

» Il n'y a en effet qu'une manière de célébrer dignement une telle solennité : c'est d'en faire pour tous la cause et l'objet d'une généreuse émulation.

» Ainsi nous comptons d'abord sur le concours de tous les membres de l'Académie, français ou étrangers : à celui qu'ils nous ont déjà donné et qu'ils nous continuent, nous pouvons mesurer celui qu'ils nous réserveraient pour une occasion si heureuse.

» Cette fête étant célébrée par l'Académie tout entière, il serait de leur intérêt de nous aider largement, ainsi qu'ils le peuvent si bien, à en assurer l'éclat et la dignité. Et il est juste que la solennité dont il s'agit soit ainsi commune aux jurisconsultes de tant de nations différentes déjà associés à notre compagnie; car Cujas est le docteur dont la renommée est la plus universelle, et sa gloire, si elle rayonne d'une manière particulière sur son berceau, n'est pourtant pas le partage exclusif de Toulouse, ni celui de la France qu'il illumina par plus de quarante ans d'un professorat sans rival, mais bien le patrimoine de tous les pays civilisés : *Tolosæ suæ perpetuum decus et orbis*[1].

» Les travaux que nous adresseraient à cette intention nos savants confrères, comme ceux qui émaneraient de nos membres résidants, seraient de droit *présentés* à la séance publique; on les désignerait sous le nom de *Travaux des membres de l'Académie de législation pour la fête de Cujas.*

» Mais les corps savants doivent toujours étendre leur sollici-

[1] Arthur Duck, *De auctor. jur. civil. roman.*, ch. 5, § 39; junge Ciron, *in paratit. decretal. præfat.*

Digitized by Google

tude à la jeunesse laborieuse et dévouée en qui repose l'avenir des études; l'élite de cette jeunesse serait donc invitée d'une manière spéciale à la fête de Cujas, où elle a d'avance une place marquée. En l'y conviant, en exprimant le vœu bien sincère qu'elle y soit fortement représentée, l'Académie entrerait dans l'esprit de l'immortel interprète qui eut pour ses élèves une affection et un dévouement dépassant toutes les limites connues. Elle y entrerait d'autant plus profondément, si elle faisait de cet appel le mobile d'un accroissement d'activité intellectuelle pour les jeunes adeptes de la science.

» Ainsi, les licenciés en droit qui depuis peu de temps, ont remporté des prix dans les concours de la Licence ou du Doctorat devant une des Facultés de droit de l'Empire, ou qui ont mérité des distinctions analogues auprès des Universités étrangères, et ont donné par là des preuves particulières de zèle et de talent, en adressant à l'Académie des travaux à l'intention de la même solennité, pourraient obtenir, à *titre de distinction académique*, que ces travaux fussent *présentés* à la séance publique. Leurs compositions seraient désignées sous le nom de *Travaux des lauréats universitaires pour la fête de Cujas.*

» Ces travaux, ainsi que ceux des membres de l'Académie dont j'ai déjà parlé, seraient l'objet d'un rapport qui en exposerait les vues générales. Lecture en serait faite, sinon en totalité, du moins en partie, autant que pourraient le permettre les limites de la séance et la nature des œuvres elles-mêmes, car il en est qui ne peuvent être appréciées au moyen d'une communication faite en réunion publique.

» Il n'est pas permis de douter que les jeunes légistes de notre temps, héritiers des sentiments qui passionnèrent leurs devanciers pour Cujas, ramenés aujourd'hui de plus en plus à l'étude du droit romain et des œuvres de cet interprète, pénétrant bien vite, avec la générosité de leur âge et de leur caractère, toute la pensée de l'Académie à leur égard, ambitionneraient comme une distinction honorable pour eux la *présentation* dont il s'agit. Celle-ci serait, en effet, la consécration de l'hommage offert par eux à un maître qui, s'il ne parle pas, enseigne toujours; hommage dicté par les mêmes sentiments que Cujas exprimait avec autant d'élégance que de noblesse, lorsque, par une épître dédicatoire datée de Bourges, le jour des kalendes de mars de l'an 1556, il offrait à Arnaud Ferrier, son propre maître, les

Digitized by Google

prémices de ses travaux [1]. Elle leur attribuerait d'ailleurs un rôle actif dans la solennité au succès de laquelle ils auraient une bonne part.

» En acceptant ces idées, l'Académie consentirait en outre, je le suppose du moins, à créer en faveur de cette circonstance toute spéciale, et malgré les bornes fort étroites de ses crédits, une médaille d'or d'une valeur, soit de 200 francs, qui serait décernée, s'il y avait lieu, à la meilleure des compositions des lauréats entre celles jugées dignes d'être présentées.

» Ainsi, il sortirait de là un concours *spécial* tout à fait distinct du concours ordinaire, entre des rivaux déjà classés, rengageant sur un terrain beaucoup plus large, et où les doctrines et les méthodes des diverses Universités se donneraient rendez-vous, des luttes qui ont déjà dignement couronné leurs études scolastiques, pour se recommander de plus en plus aux suffrages publics.

» Telle est l'idée mère de ma proposition qui donnerait, comme vous voyez, de l'extension à l'Académie, sans apporter aucun trouble à l'économie de son organisation actuelle, en se coordonnant au contraire facilement avec elle.

» Si vous en adoptez le principe, vos vues personnelles et l'expérience ne pourront que l'élargir et l'améliorer.

» Je la crois en pleine harmonie avec l'esprit de notre institution, propre à rehausser l'éclat de nos réunions annuelles et des rémunérations qui y sont distribuées, à resserrer les liens déjà formés comme à former des liens nouveaux, à intéresser surtout et à rattacher à notre compagnie de jeunes amis des lois, appelés plus tard à la recruter et à concourir plus directement encore à sa prospérité.

» Les maintenir utilement en haleine; confirmer leurs premiers succès, soit par le rappel qui en est fait, soit par l'ouverture, tout exprès pour eux et rien que pour eux, d'une lice dans laquelle ils pourront obtenir encore d'autres triomphes; offrir par ce moyen un aliment à leur ardeur quand celui des exercices universitaires va leur manquer, et que l'accès aux positions sociales leur est encore fermé; faciliter de cette manière la transition si difficile des travaux de l'École aux emplois publics et aux réalités des professions libérales : tels sont les avan-

[1] Édition Fabrot, t. I, col. 1107.

Digitized by Google

tages multiples que produirait pour eux cette innovation.

» J'estime donc que, par les diverses combinaisons dont j'ai parlé, la sanction que vous donneriez à ma proposition serait de nature à porter l'Académie en avant des résultats acquis, en provoquant des travaux de la part des hommes autorisés, fournissant honorablement la carrière, et de la part de ceux qui viennent d'y entrer, en permettant aux gages sérieux d'un avenir prochain de se montrer à côté des fruits des forces vives du présent.

» Nous serions ainsi redevables à la fête de Cujas de cette impulsion concentrique, puisque, pour en faire les honneurs à des titres et à des degrés différents, nous aurions un riche ensemble de travaux composé à savoir : des œuvres des membres de l'Académie, des mémoires couronnés au concours ordinaire, ou y ayant obtenu des mentions honorables, des productions des lauréats universitaires, couronnées au concours spécial ou ayant mérité la distinction de la présentation à la séance publique.

» La cérémonie dont il s'agit se résumerait donc en une abondante moisson intellectuelle. Elle serait un tribut bien légitimement offert à la mémoire de celui qui a si bien fécondé le champ de l'esprit humain, en le préparant à recevoir le pur grain de ses doctrines, que le fait seul de notre institution mettrait de plus en plus en relief.

» Ainsi le vote de ma proposition ce serait, en substance, l'Académie fondant une fête en commémoration de Cujas, pour lui témoigner de la manière la plus énergique et la plus significative de ses sentiments ; mais en même temps l'Académie agrandissant sa sphère d'activité, se donnant de nouveaux éléments d'animation et de vie en demandant à la science, dans ses divers degrés, de se révéler et de se produire plus spécialement à un jour donné, pour placer, autant que possible, la fête à la hauteur de son objet, c'est-à-dire à cette hauteur où nous la comprenons et où nous la voudrions tous.

» Je suis de ceux qui pensent que les bonnes institutions n'ont pas besoin d'être appuyées sur des précédents. Disons, toutefois, que votre adhésion à mon dessein pourrait s'étayer sur des exemples bien imposants, puisqu'ils nous sont fournis par les usages de la nation qui marche incontestablement à la tête de l'érudition moderne.

» L'Allemagne, en effet, vous le savez, célèbre périodique-

Digitized by Google

ment des jubilés académiques, de grandes solennités ou fêtes juridiques en l'honneur des princes et des vétérans glorieux de la science, soit morts, soit encore vivants.

» A Leipsick, l'Académie royale des sciences honore tous les ans, par une imposante solennité, le souvenir de l'un des mathématiciens et des philosophes les plus illustres du XVIIe siècle, de Leibnitz, originaire de cette cité, et l'auteur de la *Théodicée* partage ainsi les honneurs que la même compagnie décerne tous les ans au prince régnant; délicate reconnaissance qui proclame, aux yeux de tous, que le génie a encore sa royauté. Dans le Wurtemberg, Tubingue a célébré, il n'y a pas encore deux ans, la fête de Schrader, l'illustre éditeur des Institutes de Justinien. Très-récemment aussi la fête du grand jurisconsulte de Berlin, la fête de M. de Savigny, l'un de nos membres honoraires, a été splendide. Le monde scientifique de la Germanie n'avait jamais ni montré plus d'enthousiasme, ni déployé plus de magnificence. C'était, pour ainsi dire, l'esprit juridique de cette docte nation s'inclinant respectueusement tout entier pour saluer la gloire d'un maître qui est un des plus brillants disciples de Cujas.

» Pourquoi donc en France, quand la *Fête des Écoles* vient de se relever sous la main d'un illustre prélat, ne suivrions-nous pas de tels exemples, du moins en faveur de nos illustrations qui appartiennent déjà à l'histoire?

» Et à vrai dire, dans ces dernières conditions que nos mœurs semblent exiger, nous pourrions bien ne pas aller chercher des exemples si loin de nous et les prendre dans ce qui se passe sous nos yeux.

» Notre cité célèbre tous les ans la fête des lettres et de la poésie, sous le nom de Clémence-Izaure, et précisément demain a lieu le retour de cette solennité; n'est-il pas naturel que la même ville célèbre aussi la fête de la science du droit sous le nom du plus illustre de ses docteurs? Ainsi, Cujas et Izaure, associés dans un même culte et se donnant la main dans le sanctuaire du temple, personnifieraient à nos yeux tout ce que les arts de l'esprit et la première des sciences sociales ont de plus noble et de plus élevé, et montreraient en outre l'alliance intime par laquelle ces choses sont unies entre elles.

» Les institutions les plus fécondes gagnent toujours à se traduire par des noms qui ne doivent jamais mourir; car leur

Digitized by Google

puissance ne saurait être calculée; et c'est un des priviléges des hommes de génie de communiquer à ce qu'ils ont aimé et cultivé plus de lustre qu'ils n'en ont eux-mêmes reçu.

» Un grand esprit qu'on n'accusera pas de trop céder à l'entraînement, Montaigne disait « qu'il ne luy messierait pas quand » la passion nous transporterait vers les grands noms et vers ces » rares figures qui sont triées pour l'exemple du monde[1]. »

» Ce serait, on en conviendra, bien mal juger les hommages publics qu'on leur rend périodiquement, que d'y voir une manifestation stérile ou bien uniquement une cérémonie prétentieuse. Ils contiennent, en effet, les plus hautes leçons morales et les excitations les plus salutaires, surtout dans les temps visiblement emportés vers le culte des intérêts matériels. Il y a eu eux quelque chose qui enseigne le respect du passé, quelque chose qui provoque, tantôt par le côté de l'imagination, tantôt par le sentiment du devoir ou par l'autorité de l'exemple, les instincts et les dévouements généreux, inspire, fait éclater ou soutient les vocations, entretient, en la remuant, la flamme du feu sacré, établit un lien indestructible entre les générations qui se succèdent sur le même sol, et recommande à tous, à l'égard des chefs-d'œuvre de l'intelligence, cette belle et sage pensée du poëte napolitain qui, parlant de l'Énéide, s'écriait :

. . . . . Nec tu divinam Æneida tenta,
Sed longe sequere et vestigia semper adora[2].

» Je n'ai pas besoin de dire en terminant comment l'adoption de ma proposition serait accueillie en dehors de cette enceinte.

» Toulouse, pour qui Cujas est la plus haute des illustrations, y verrait le complément de la solennité municipale du 8 décembre 1850. Tous les jurisconsultes vraiment dignes de ce nom recevraient la même résolution avec une faveur marquée, et la considéreraient comme une nouvelle preuve des plus éclatantes de votre désir bien vrai de répondre à tous les témoignages de confiance que vous avez obtenus. Je ne parle ni de l'opinion de nos membres non résidants, dont l'approbation ne saurait être douteuse, ni des sentiments particuliers de l'Allemagne dont vous connaissez les usages. Je suis d'ailleurs en me-

[1] *Essais*, liv. I, ch. 66.
[2] Stace, *Thébaïde*, 12, 326.

Digitized by Google

sure de faire passer, à cet égard, sous vos yeux, des preuves décisives de ce que j'affirme.

» Plus généralement, partout où le sentiment moral n'est pas affaibli, partout où l'on a la conscience et le goût des choses justes, et où les âmes sont encore éprises de la gloire, on dirait : Cujas a été le soleil le plus radieux qui, dans les temps modernes, se soit levé sur l'horizon de la jurisprudence; on ne peut parler de la science du Droit sans commencer et finir par son nom. L'Académie de législation, établie au centre des anciens pays de droit écrit, a institué une fête en l'honneur de ce jurisconsulte, qui professa et pratiqua pendant toute sa vie le culte de la reconnaissance. En créant cette institution, l'Académie n'a fait que remplir un devoir.

» Par ces considérations qui ne procèdent pas moins des émotions du cœur que des réflexions de l'esprit, et dont j'aime à reporter le foyer dans le sein de la compagnie, j'ai l'honneur de proposer à l'Académie de prendre une délibération, qui, sauf amendement, pourrait être rédigée à peu près de la manière suivante : »

Art. 1er. A l'avenir, la séance annuelle de l'Académie de législation, établie par l'article 35 des statuts organiques, portera le nom de Fête de Cujas.

La médaille d'or adjugée à la suite du concours ordinaire institué par les articles 33 et suivants desdits statuts, portera pour inscription : Fête de Cujas ; concours ordinaire.

Art. 2. A dater de 1856, les travaux que les jurisconsultes français ou étrangers appartenant à l'Académie auront transmis à l'intention de la solennité dont il s'agit, seront désignés sous le nom de *Travaux des membres de l'Académie pour la fête de Cujas.*— Le président les *présentera* en cette qualité à l'assemblée publique.

Art. 3. A partir de la même époque, les licenciés en droit, qui *depuis moins de cinq ans* auront remporté des prix pour la licence et le doctorat dans les concours des Facultés de droit de l'Empire, ou mérité des rémunérations analogues et correspondantes dans les Universités étrangères, pourront obtenir, *à titre de distinction académique*, que les compositions qu'ils auraient envoyées à l'intention de la même solennité soient *présentées* en séance publique; elles seront désignées sous le nom de *Travaux des lauréats universitaires présentés pour la fête de Cujas.*

Art. 4. Une médaille d'or, de la valeur de 200 francs, sera décernée, s'il y a lieu, à la meilleure composition entre celles qui auront été jugées dignes d'être présentées à la séance pu-

Digitized by Google

blique; elle portera pour inscription : FÊTE DE CUJAS; CONCOURS DES LAURÉATS UNIVERSITAIRES. — Tout lauréat universitaire qui aura obtenu deux médailles d'or au *concours spécial* ne sera plus admis à prendre part à ce concours.

Art. 5. Les divers travaux mentionnés dans les deux articles précédents pourront porter sur toutes les matières de droit indistinctement, au libre choix de leurs auteurs, l'Académie n'entendant exclure aucun des genres ni des sujets qui se rattachent aux différentes branches de la science juridique.

Ils devront être rédigés en français ou en latin.

Nul travail ne pourra être présenté à la séance solennelle, si son auteur l'avait livré à la publicité avant ladite séance.

Les lauréats de l'un et de l'autre concours qui auraient aussi publié prématurément les mémoires couronnés, seraient réputés avoir renoncé au prix par eux obtenu.

Art. 6. L'ordre dans lequel sera faite la *présentation* des travaux des membres de l'Académie n'impliquera aucune idée de classement, de préférence ou de supériorité relative entre eux.

Art. 7. Il en sera de même des présentations des mémoires des lauréats universitaires reconnus dignes de cette distinction, l'Académie ne devant apprécier que leur valeur absolue, et ne procéder par comparaison que pour décerner, s'il y a lieu, entre ceux qui seront admis à la présentation, la médaille d'or instituée par l'article 4. — Cette comparaison entre des travaux d'une nature différente aura lieu d'après le degré de mérite de chacun d'eux, relativement au genre et au sujet adoptés par l'auteur.

Art. 8. Dans l'une et l'autre catégorie de travaux, l'ordre de la présentation sera fait d'après la date de leur réception par l'Académie.

Art. 9. Il sera, dans le rapport du secrétaire perpétuel, rendu compte, en séance publique, des deux séries des travaux présentés; les vues générales de chaque mémoire y seront exposées.

Il sera donné lecture, autant que le permettront les limites de la séance et le caractère des travaux, des fragments principaux les plus susceptibles d'être communiqués à une réunion publique.

Les auteurs présents à la séance seront invités à faire eux-mêmes cette lecture.

Art. 10. Les travaux des membres de l'Académie devront être déposés avant le 1er mai de chaque année, et ceux des lauréats universitaires, au plus tard, le 31 mars.

L'enveloppe cachetée contenant le nom des auteurs de ces derniers travaux, ne sera ouverte qu'autant que le mémoire produit aurait été admis à la présentation.

L'Académie a adopté cette proposition par un vote unanime.

Digitized by Google

SUCCESSION. — INDIGNITÉ. — HÉRITIERS DE L'INDIGNE.

L'indignité peut-elle être poursuivie contre les héritiers de l'indigne?

Par M. Justin Bauby, docteur en droit, substitut à Prades (Pyrénées-Orient.), et membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

La Cour de Bordeaux a rendu le 1er décembre 1853 [1], touchant l'indignité en matière de succession, un arrêt qui mérite de fixer l'attention à plus d'un titre : d'abord parce qu'il vient contrarier l'opinion admise jusqu'à ce jour par la doctrine, d'une manière à peu près unanime, depuis le Code Napoléon; — en second lieu, parce que jusqu'à présent la jurisprudence était restée muette sur ce point, et que lorsqu'il a fallu pour la première fois faire passer dans la pratique la théorie écrite dans les livres, la pratique a résisté; — enfin parce que cet arrêt nous paraît avoir fait une juste application des véritables principes de la matière, quoique ces principes ne soient pas parfaitement déduits et développés dans les considérants de l'arrêt, et qu'ils se trouvent mêlés à des erreurs, ainsi que nous l'indiquerons.

La question que la Cour avait à juger était celle-ci : l'indignité peut-elle être poursuivie contre les héritiers de l'indigne? Dans l'espèce, l'indignité était encourue par suite d'une condamnation pour avoir donné la mort au défunt, et les héritiers de l'indigne, contre lequel l'indignité n'avait pas été poursuivie, étaient en possession des biens de la victime recueillis par l'effet de la mort civile du condamné.

Cette espèce, qui est celle du § 1er de l'article 727, a paru à la Cour de Bordeaux mériter une faveur spéciale; aussi a-t-elle décidé que dans ce cas, contrairement à l'espèce du § 3 du même article (lorsque l'indignité est encourue par défaut de dénonciation à la justice du meurtre du défunt), l'indignité est encourue *de plein droit;* qu'il n'est pas nécessaire de la faire constater contradictoirement par les tribunaux civils; qu'elle est une conséquence directe et inévitable du jugement de condamnation, et que, par suite, il suffit d'actionner les héritiers de l'indigne en délaissement.

[1] Devill., 54, 2, 225. — Dalloz, 54, 2, 157.

Digitized by Google

En présence de cette théorie que nous ne discutons pas encore, mais que nous ne saurions adopter entièrement, quoique nous arrivions, nous aussi, dans l'espèce, à la même solution que la Cour de Bordeaux, plaçons l'opinion émise par presque tous les auteurs qui ont écrit sur le Code Napoléon. Leur argumentation est bien simple. *L'indignité est une peine;* or les peines ne peuvent être prononcées contre ceux qui sont morts; donc l'indignité ne peut être poursuivie contre les héritiers de l'indigne. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait indiquer un texte de loi portant que l'indignité est encourue de plein droit, ce que le Code ne dit nulle part. Et non-seulement il se tait sur ce point, mais encore le § 3 de l'article 727 décide implicitement et clairement le contraire, puisque, dans l'espèce qu'il prévoit, l'indignité ne peut être encourue qu'après appréciation des circonstances et par sentence du juge.

Les deux systèmes que nous venons de rapporter doivent être repoussés l'un et l'autre. Et voici pourquoi :

Celui de la Cour de Bordeaux, que M. Devilleneuve a cru devoir adopter en rapportant l'arrêt dans son recueil, présente une distinction que la loi ne fait pas entre les diverses causes d'indignité, il crée une exception arbitraire. Quant à nous, nous reconnaissons au contraire qu'il n'y a aucune distinction à faire entre les diverses causes d'indignité pour la question qui nous occupe; la véritable théorie du Code s'applique à tous les cas. — En second lieu, il y a peut-être quelque danger à poser comme principe que l'indignité est encourue *de plein droit.* En effet, bien qu'elle soit, en vertu de la loi, une conséquence directe de la condamnation, il sera toujours nécessaire de la faire prononcer devant le juge civil contre l'indigne lui-même ou contre ses héritiers, soit par la constatation du fait de la condamnation ou de la déclaration judiciaire de la dénonciation calomnieuse, dans le cas des §§ 1 et 2 de l'article 727, soit par l'appréciation des circonstances du défaut de dénonciation à la justice du meurtre du *de cujus,* dans le cas du § 3 de ce même article. Si l'on pouvait saisir et constater une différence, à ce point de vue, entre les diverses causes d'indignité, ce serait seulement celle-ci : dans l'hypothèse des §§ 1 et 2 de l'article 727, le fait de la condamnation ou du jugement qui établit la dénonciation calomnieuse une fois prouvé, le juge civil ne peut s'empêcher de déclarer l'indignité; tandis que, dans le

Digitized by Google

cas d'indignité pour défaut de dénonciation du meurtre du défunt, le juge civil est appréciateur souverain du fait et de ses circonstances, et par suite de l'indignité elle-même; aucune sentence antérieure ne peut enchaîner sa décision. Si l'on voulait se renfermer strictement dans ces limites, on pourrait dire, avec la Cour de Bordeaux, que dans les deux premières espèces l'indignité est encourue *de plein droit*, et non pas dans la troisième. Mais cette allégation, peu juridique d'ailleurs, est inutile pour la solution de notre question; de plus, formulée comme un axiome, elle pourrait amener les conséquences funestes de nos anciens brocards. Cela est si vrai, que dans le recueil de MM. Dalloz, l'annotateur de l'arrêt de Bordeaux se préoccupe uniquement de ce principe : que l'indignité de succéder pour avoir attenté à la vie de son auteur résulte *de plein droit* du fait seul de la condamnation; puis sans le discuter d'une manière approfondie, et tout en faisant des vœux pour que la question soit élucidée par la jurisprudence, il en tire déjà des conséquences très-graves que l'arrêt n'a pas pu prévoir, pour le cas où la solution affirmative devrait être adoptée. Nous repoussons donc ce principe, et nous ne craignons pas de dire avec Pothier [1], ainsi que l'ont fait tous les auteurs modernes : « L'indignité n'a pas lieu de plein droit; elle doit être prononcée. »

Telles sont les raisons qui nous ont conduit à rejeter le système de la Cour de Bordeaux. Ceci deviendra plus clair et plus manifeste lorsque nous aurons établi le véritable système du Code, qui n'est autre que celui du droit romain et de notre ancienne jurisprudence.

Mais auparavant nous tenons à critiquer et à repousser la doctrine généralement admise par tous les auteurs, soit comme le font M. Devilleneuve et l'arrêt de la Cour de Bordeaux confirmatif du jugement de Périgueux, par ses conséquences inadmissibles, soit en établissant la fausseté du principe qui lui sert de base.

La doctrine moderne, alors qu'elle était encore à l'état de théorie et qu'elle n'avait pas été éprouvée au creuset de la pratique, enseignait clairement et sans détour que la mort naturelle ou civile survenant après la condamnation du meurtrier, mais avant le jugement du tribunal civil prononçant l'indignité,

[1] *Des successions*, chap. 1, sect. 2, art. 4, § 2.

Digitized by Google

laissait le coupable définitivement saisi de la succession qui était transmise à ses héritiers[1]. « Il suffit d'énoncer une telle » solution pour reconnaître la fausseté du principe qui lui sert » de base[2]. » En effet, que deviennent alors les causes les plus graves d'indignité? Elles sont comme non écrites dans la loi, leur application devient désormais impossible, car dans l'intervalle entre le jugement de condamnation pour meurtre du défunt et l'exécution de ce jugement qui a prononcé la peine de mort, le temps manquera pour faire déclarer l'indignité par jugement du tribunal civil; il en sera de même dans le cas de condamnation à des peines perpétuelles qui entraînaient mort civile. L'article 727 n'aurait donc écrit dans son § 1 qu'une disposition comminatoire! à moins toutefois que, coupable avec des circonstances atténuantes, l'indigne n'eût été condamné qu'à des peines temporaires. Mais alors quel scandale! « Plus » le crime de l'héritier serait détestable, plus le châtiment se- » rait rigoureux, moins l'action en indignité aurait d'énergie. » Elle serait habituellement sans effet, et l'on verrait, au grand » scandale de l'honnêteté publique, le patrimoine du meurtrier » s'augmenter des dépouilles de sa victime, et les héritiers de » l'indigne protégés par l'excès même de l'indignité de leur » action[3]. »

J'ai dit, en second lieu, que la théorie moderne est fausse. Elle repose en effet sur un principe doublement faux : — faux tout d'abord, car ce qui est vrai en droit criminel n'est pas également vrai en droit civil : toute action de droit civil peut être intentée généralement contre les héritiers aussi bien que contre leur auteur; — faux à un second point de vue, car il est inexact de prétendre que l'indignité soit une peine dans le sens légal et pénal de ce mot. La peine est édictée de telle manière qu'elle doit atteindre *nécessairement* le coupable dont le crime est constaté; or il est certain que le meurtrier ne sera pas toujours appelé à l'hérédité de sa victime. D'ailleurs les peines ayant pour objet la privation de la fortune sont uniquement la confiscation spéciale et l'amende, dont le produit, en principe, est attribué à l'État; les tiers ne peuvent les faire prononcer à leur profit.

Quelle est donc la théorie du Code, théorie unique, s'appli-

[1] V. Marcadé, t. III, art. 727, n° 6.

[2] M. Devilleneuve, sur l'arrêt précité.

[3] Jugement du tribunal de Périgueux du 28 janvier 1853, qui a été con-

Digitized by Google

quant à toutes les causes d'indignité, puisque aucune exception n'a été prévue, aucune distinction n'a été faite? Cette théorie résulte des principes généraux ; elle est toute simple, toute naturelle. Il est surprenant, en vérité, qu'elle n'ait pas encore été rétablie, depuis qu'on a commencé à la méconnaître par l'application malheureuse d'un principe de droit criminel donnant naissance à un faux système. Elle est écrite en termes exprès dans la législation romaine : « Paulus respondit : Causam de quâ queritur *cum sit pecuniaria*, morte ingratæ heredis exstinctam non videri [1]. » Il s'agit ici d'une action pécuniaire seulement; donc cette action ne s'éteint pas par la mort du débiteur, elle se perpétue.

Le système romain est entièrement opposé, on le voit, au système de la doctrine moderne ; son principe est tout à fait différent. Or nous avons déjà prouvé que le principe des auteurs modernes est entièrement faux. Il y a même plus : les jurisconsultes romains n'ont pas ignoré la théorie aujourd'hui en faveur, ils ont eu à l'apprécier, à la juger, et ils l'ont tous condamnée. Voici notamment l'opinion du jurisconsulte Modestinus dans la loi 9, D., *De jure fisci :* L'héritière avait été accusée d'avoir empoisonné le défunt; après un jugement d'absolution, on avait interjeté appel, puis l'accusée était morte; cependant la procédure avait été continuée, *interea decessit rea, nihilominus apostoli redditi sunt.* Et l'on demandait au jurisconsulte si la mort de l'accusée qui mettait fin à l'action criminelle devait empêcher la continuation des poursuites relatives à l'hérédité. *Quæro an putes, extinctâ reâ, cognitionem appellationis inducendam, propter hereditatem quæsitam?* La question était nettement posée, il y avait même cette circonstance que l'on ne rencontre pas dans notre droit et toute favorable à l'opinion de la doctrine moderne que le jugement déclaratif de l'indignité statuait implicitement sur l'accusation au criminel, et cependant le jurisconsulte n'hésite pas, il distingue l'action criminelle de l'action civile; quoique la première soit éteinte par la mort, la seconde subsiste toujours. Modestinus répondit : *Morte reâ crimine exstincto, persecutionem eorum quæ scelere adquisita probari possunt, competere posse.*

firmé par l'arrêt précité de la Cour de Bordeaux. Du reste, cet arrêt exprime, lui aussi, la même pensée.

[1] L. 22, D., *ad senat.-consult. Silianum.*

Digitized by Google

Telle était la doctrine des jurisconsultes de Rome. Elle avait été adoptée par notre ancienne jurisprudence sans qu'aucune voix se fût élevée pour la critiquer. C'est ce qui résulte des écrits de Furgole, le jurisconsulte le plus érudit du siècle dernier, qui se contente d'exposer sans discussion les véritables principes, en les appuyant des lois romaines que nous venons de citer. Certes, si quelqu'un avant lui avait pensé autrement, son opinion aurait été rapportée et discutée avec soin par le célèbre avocat au parlement de Toulouse, à qui l'on a reproché avec quelque raison ses citations surabondantes. Loin de là, voici les quelques lignes par lui consacrées à la question qui nous occupe et dans lesquelles il a résolu, lui aussi et d'avance, l'objection qui a fait depuis tout un système et contre laquelle aucune voix ne s'est élevée : « C'est une règle que la mort éteint le crime (L. 1, L. 2, L. 3 et autres du titre du Code : *Si reus vel accusator mortuus fuerit*). On demande si l'on peut poursuivre l'action de l'indignité après la mort de celui qui a commis le crime qui l'a rendu indigne. La loi 9, ff., *De jure fisci* et la loi Gaius, 20, ff., *De senatus-consulto Silaniano*, décident que la poursuite de l'indignité peut être faite et même commencée après la mort de l'indigne, parce qu'il ne s'agit pas de la punition personnelle du défunt, ce que la loi ne permet pas, puisqu'elle déclare le crime éteint, mais d'ôter à ses héritiers un bien dont leur auteur s'était rendu indigne[1]. »

Notre Code a-t-il introduit un principe nouveau en vertu duquel cette doctrine doive être modifiée? Non : les principes sont les mêmes; celui que l'on invoque dans l'opinion moderne existait autrefois. D'ailleurs, point de traces dans les travaux préparatoires du Code d'une modification aussi grave, aussi importante. En l'absence d'un texte, en l'absence de tout vestige d'un changement même projeté, comment pourrait-on abandonner la théorie romaine qui, jusqu'au moment de la confection du Code, avait été en usage?

Cette doctrine, d'ailleurs, ne semble-t-elle pas, par sa simplicité et son unité, l'expression d'une bonne justice au milieu des difficultés que soulève la doctrine contraire?

Nous en avons déjà parlé, et l'espèce elle-même de la Cour

[1] *Traité des testaments*, chap. 6, sect. 3, n° 351, t. I, p. 616 de l'édition de Paris, 1745.

Digitized by Google

de Bordeaux pousse la doctrine des auteurs à des conséquences qu'ils n'avaient pas prévues et qui en prouvent l'impossibilité. Puisque l'indignité est une peine, et qu'il est de principe que toute peine doit être *personnelle*, lorsque celui dont l'indignité est en question a transmis à ses propres héritiers, par suite de la mort civile, les biens qui lui étaient advenus de la succession de sa victime, l'action en déclaration d'indignité ne peut être intentée contre ces héritiers. D'un autre côté, cette action ne peut pas atteindre le mort civilement représenté au procès par un curateur[1], car il n'y a aucun intérêt, il ne détient pas les biens héréditaires. Et cependant on ne soutiendra pas que le mort civilement soit à l'abri de toute peine. Celui qui a été condamné aux travaux forcés à perpétuité peut bien être condamné à mort même pour un crime antérieur à sa première condamnation. Pourquoi donc ne pas lui faire aussi l'application de la peine de l'indignité édictée contre lui? On veut s'appuyer sur les principes du droit criminel, pourquoi ne pas leur laisser tout leur développement? — On se trouve engagé dans un cercle dont on ne peut sortir. Le système est évidemment en défaut.

On retrouve encore les embarras de cette doctrine dans une distinction faite par quelques-uns de ses partisans. Ils enseignent, il est vrai, que l'action en indignité ne peut être poursuivie que contre l'héritier saisi et vivant; mais ils admettent que la demande déjà formée contre lui ne s'éteint pas par sa mort, parce que l'indignité n'est qu'une peine *civile* et *pécuniaire*, et qu'en cette matière l'action commencée contre le coupable peut être continuée contre ses héritiers[2]. — Mais s'il ne s'agit que d'une peine *civile* et *pécuniaire*, pourquoi prétendre qu'elle est soumise aux règles du droit criminel? Ou bien, si elle y est soumise, pourquoi n'est-ce qu'en partie seulement? — Est-elle personnelle, elle ne pourra atteindre les héritiers! Si elle ne l'est pas, les héritiers pourront bien la subir, mais il ne sera plus nécessaire qu'elle soit personnelle dès le début de l'instance. Cette opinion mixte est donc erronée, elle aussi, et les partisans de la théorie pénale absolue ont bien raison de répondre : « Toute action pénale, qu'elle soit commencée ou non, » quelle que soit aussi la nature de la peine qu'elle a pour objet,

[1] C'est ce que décide le jugement de Périgueux.

[2] Voir M. Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, t. II, p. 25 et 26, où il expose et réfute cette opinion mixte.

Digitized by Google

» s'éteint par la mort du coupable[1]. » Néanmoins, elle est une preuve du peu de fondement de la théorie absolue et de son insuffisance.

Tout se réunit donc pour rétablir la théorie romaine dont on avait perdu le souvenir et pour combattre le système moderne. Je dis moderne et je l'ai dit bien des fois, car il est facile d'en signaler l'origine. C'est Toullier qui, malgré lui, lui a donné naissance. Préoccupé d'une autre pensée et nullement induit en erreur par le caractère pénal que l'indignité semble présenter, — préoccupé, dis-je, de cette pensée que la loi nouvelle, le Code Napoléon, avait voulu limiter désormais au nombre de trois les causes d'indignité autrefois plus nombreuses et que l'on étendait trop facilement d'un cas à un autre, « car il y avait beaucoup d'arbitraire en cette matière[2], » l'éminent professeur avait écrit : « L'indignité qui entraîne l'exclusion des successions est *une peine que les juges ne pourraient aujourd'hui étendre au delà des cas prévus par le Code.* Il ne s'est pas borné à limiter les causes d'indignité, il a de plus déterminé d'une manière précise celles qu'il admet[3]. »

Les auteurs qui ont écrit depuis ne lui ont emprunté qu'un seul mot : *L'indignité est une peine*, et sans fixer leur attention sur le caractère civil et pécuniaire de cette peine, ils ont dit : « Toute peine est personnelle, toute peine s'éteint par la mort du coupable : donc l'indignité doit être prononcée du vivant de l'indigne et contre lui. Telle est l'opinion de Toullier. » Or Toullier n'était nullement de cet avis, du moins rien ne le prouve dans ses écrits. Cependant la doctrine nouvelle se répandait sur la foi de ce nom et était généralement admise ; mais plus tard, lorsqu'elle fut étudiée avec soin, on voulut en détourner l'application de cette espèce qui paraissait plus favorable, sans songer néanmoins à remonter aux sources, ce qui aurait signalé l'erreur. C'est ce que prouve en effet, non-seulement l'opinion mixte déjà signalée, mais encore l'arrêt précité de la Cour de Bordeaux et les notes de M. Devilleneuve. Au contraire, Chabot de l'Allier, qui avait écrit son commentaire sur les successions avant Toullier, n'agite pas même la question qui doit lui paraître sans difficulté en présence des solutions de notre ancienne juris-

[1] M. Mourlon, t. II, p. 26.
[2] Toullier, t. IV, n° 104.
[3] Toullier, t. IV, n° 105.

Digitized by Google

prudence. Et Zachariæ, qui n'a point subi l'influence française, n'a pas non plus prévu l'espèce, car, pour lui, le Code Napoléon ne l'a pas résolue contrairement au Droit romain.

M. Devilleneuve et la Cour de Bordeaux n'ont aperçu la vérité qu'en partie. Si l'idée de peine ne les avait pas préoccupés, si, faisant abstraction de la prétendue parole du maître, leur esprit s'était arrêté sans hésitation à cette pensée du jurisconsulte Paul : *Causam de quâ agitur cùm sit pecuniaria*, ils auraient conclu avec lui pour tous les cas, *morte ingratæ heredis exstinctam non videri.* Pourquoi veulent-ils soumettre le § 3 de l'article 727 à une règle différente? La loi ne distingue pas, la jurisprudence et la doctrine doivent-elles distinguer? — Voici sur quoi repose la distinction de M. Devilleneuve, qui place dans la même catégorie le § 2 et le § 3 de l'article 727 : uniquement sur l'impossibilité presque constante de faire prononcer l'indignité pendant la vie de l'indigne dans l'hypothèse du § 1er. Est-ce là une raison suffisante, une raison juridique? Il maintient donc pour les autres causes de l'indignité la doctrine moderne que Marcadé a poussée jusqu'à son extrême limite. Or cette doctrine elle-même, si elle était vraie, se retournerait contre lui pour la première espèce, puisqu'il ne l'a pas réfutée.

La loi romaine n'avait posé aucune distinction. C'était même dans une espèce parfaitement identique à celle de notre § 3, article 727, que Paul avait rendu la réponse rapportée plus haut. Elle fait l'objet de la loi 22, D., *De senat.-consult. Silaniano* : l'héritière Lucia Titia n'avait pas poursuivi le crime commis contre Gaius Seius, son frère, qui était mort empoisonné, *et mortem ejus exsequi neglexit;* elle mourut dix ans après. Ce fut alors que la question fut posée au jurisconsulte : *Quæro an morte Titiæ exstinctum sit crimen?* Et nous savons qu'il fit cette réponse claire et précise dans laquelle les vrais principes étaient dégagés et présentés d'un seul mot : *Causam de quâ agitur,* CUM SIT PECUNIARIA, *morte ingratæ heredis exstinctam non videri.* On n'en sera pas étonné, puisque nous avons indiqué déjà la solution du jurisconsulte Modestinus, d'après laquelle l'action civile touchant l'indignité pouvait être continuée après la mort du meurtrier qui n'avait pas été jugé criminellement, bien que le jugement sur l'indignité dût statuer implicitement sur la question de culpabilité. Il ne peut plus en être ainsi sous le Code, qui exige, pour les deux premières es-

Digitized by Google

pèces, un jugement préalablement rendu durant la vie de l'indigne.

Quoi qu'il en soit, la solution du jurisconsulte Paul nous vient en aide pour décider que dans notre droit, ainsi qu'à Rome, aucune distinction ne doit être admise, et qu'en vertu de principes certains, invariables dans tous les cas, l'indignité peut être poursuivie pendant trente ans, même contre les héritiers de l'indigne. J. BAUBY.

ESSAI SUR LES ANCIENNES COUTUMES DE TOULOUSE.

Par M. F. LAFERRIÈRE, inspecteur général des Facultés de droit.

(*Suite*[1].)

Dans les premières études sur les coutumes de Toulouse, nous avons cherché à nous faire des idées exactes, à recueillir des résultats précis sur les traditions romaines, en considérant successivement ces traditions dans leurs origines diverses et dans les limites établies par les usages locaux et indigènes.

Portons maintenant nos regards sur l'ordre féodal.

§ 4. — Esprit du Droit féodal à Toulouse.

Les anciennes Coutumes de Toulouse contiennent peu de dispositions relatives au droit purement féodal. — Nous en avons donné, dans les préliminaires, la raison générale, tirée de la persistance et de la prédomination de l'élément municipal, du pouvoir de la Cité. Mais on en trouve aussi une raison particulière et importante dans le texte lui-même des Coutumes (l'article 1er de la 4e partie) sur la compétence des juges : c'est la distinction établie entre la juridiction des consuls de Toulouse et la juridiction des seigneurs féodaux. Toutes les fois qu'il s'agit de propriété féodale et que l'exception de féodalité est présentée, les consuls sont obligés (art. 1er) de renvoyer les parties devant le seigneur du fief. Ils ne peuvent retenir la cause, en première instance, que lorsque des questions de succession

[1] V. *suprà*, p. 224.

Digitized by Google

ou de convention s'y trouvent mêlées et en font une *cause mixte*[1]. — Ils n'avaient pas, dès lors, à s'occuper habituellement de jurisprudence féodale proprement dite; et comme c'est surtout par l'exercice de la juridiction que les anciennes coutumes se sont formées, maintenues ou modifiées, il n'est pas étonnant que sur le nombre total de 48 titres et 155 articles, un seul titre et 18 articles seulement s'occupent des fiefs ou des droits féodaux[2].

Pour se rendre un compte fidèle de l'esprit du droit féodal dans le pays, il convient donc d'interroger aussi quelques documents en dehors du recueil de 1285.

Les relations féodales, dans les usages toulousains, reposaient sur la réciprocité des obligations entre les seigneurs et les vassaux. Les anciens registres de la Chambre des comptes, à Paris, avaient conservé des titres particuliers contenant la formule de contrat observée par les comtes de Toulouse à l'égard des vassaux qui leur prêtaient serment de fidélité :

« Nous, comte de Toulouse, recevant de vous N...., aveu, » reconnaissance de fidélité et hommage pour les susdits fiefs, » dans la forme prescrite, nous vous promettons de défendre de » bonne foi, tant votre personne que lesdits fiefs, et tous les » droits qui y tiennent, contre tout agresseur qui voudrait y » porter injustement atteinte[3]. »

C'est l'esprit de la seigneurie féodale exprimée dans le Nord, en ces termes, par Beaumanoir : « Li sires doit autant foi et loiaté à son home que li home fet à son seigneur[4]. » — Les fiefs et les hommages avaient, par leur nature, des caractères com-

[1] *Cout.*, liv. IV, tit. 1er, 1.

[2] Tit. 1er du livre IV. Je ne compte pas dans cette classe le titre IV, malgré son titre *De hommagiis*, parce qu'il ne s'applique qu'à la servitude de *corps*, et que les serfs appartenaient aux bourgeois et roturiers aussi bien qu'aux nobles. — La preuve, au surplus, de la grande part que l'on doit donner à la juridiction des Consuls sur la formation des Coutumes de Toulouse est dans le premier livre, entièrement consacré aux formes de procédure et aux jugements.

[3] Nos dictus Comes recipientes dictam confessionem et recognitionem fidelitatis et hommagium a vobis dicto N... pro prædictis feudis in forma præsenti, promittimus vobis quod tam personam vestram quam dicta feuda et omnia jura quæ in eis habebitis contra quoslibet molestatores qui super hoc eis injuriari voluerint, bona fide deffendemus. (Texte dans Ducange, Dissertat. XIVe sur l'hist. de saint Louis, p. 224.)

[4] *Cout. de Beauvoisis*, par Beaumanoir, chap. 58.

Digitized by Google

muns, qui devaient se retrouver au nord et au midi de la France; et d'ailleurs les comtes de Toulouse, au milieu du XIe siècle, étaient investis d'une dignité qui devait favoriser les rapports de jurisprudence féodale : ils étaient COMTES PALATINS. Ducange cite deux chartes de 1056 et de 1063, tirées du Cartulaire de Moissac, où cette qualité de *Comes palatinus* était donnée au comte de Toulouse : « Dei gratia, Poncius *Comes palatinus* (1056); — Mei seniores ac *palatini comites* Poncius et ejus filius Wilielmus (1063). » Une médaille de Raymond, citée aussi par Ducange et Catel, porte : Dux, Marchio, COMES PALATII [1]. A ce titre, les comtes de Toulouse avaient, dans le palais du roi de France, le droit de juger les causes importantes qui étaient déférées au roi; et *ils exerçaient dans leur comté*, dit Ducange, *toute la justice qui était attribuée à leur titre* [2]. Ils pouvaient donc reporter dans leurs domaines, dans leurs chartes, dans leurs décisions, quelques-unes des règles empruntées à la jurisprudence féodale de la Cour du roi. Là aussi pourrait se trouver une des racines les plus profondes de cette antique Cour du Parlement de Toulouse, qui paraît contemporaine du Parlement de Paris. Le comte de Toulouse étant comte du palais, la justice a dû être organisée à Toulouse comme à Paris, quand le roi lui-même est devenu comte de Toulouse. Le rapport existait d'avance, et le Parlement de Toulouse ne fut longtemps considéré que comme une Chambre du Parlement de Paris : il y avait réciprocité de droits et de prérogatives entre les présidents et les conseillers des deux parlements [3]. — Quoi qu'il en soit de ce dernier point, qui aurait besoin d'une discussion spéciale, il est certain que l'exercice des fonctions de Comte du Palais a dû produire des rapports de jurisprudence féodale entre Paris et Toulouse; et le jurisconsulte-coutumier BRODEAU, si favorable à l'universalité de la Coutume de Paris, n'a pas manqué de dire, dans son commentaire, que « les anciennes Coutumes de Tou» louse étaient conformes à l'ancienne Coutume de Paris, pour » *ce qui est des fiefs* [4]. » — Mais, dans cette assertion trop géné-

[1] Ducange, Dissertat. XIVe sur l'hist. de saint Louis, p. 232.—Catel, *Histoire des comtes de Toulouse*, liv. I, ch. 3.

[2] Ducange, *id.*, *id.*, p. 233. — V. aussi Grosley, *Vie de Pithou*, I, p. 132.

[3] Stilus antiquus supremæ curiæ. Part. VI, *Arresta parl. tholos.*, n° 62, p. 389, édit. Dumoulin, 1558, in-4°.

[4] Brodeau, *Cout. de Paris*, comment., t. I, p. 26.

Digitized by Google

rale, il oubliait que, si le comte de Toulouse était comte du palais à Paris et chef de la cour féodale dans son comté, à Toulouse même la cour féodale était composée des consuls présidés par le comte ou son viguier, *coram consulibus et vicario*, comme le disent les anciennes coutumes au sujet de la cour du comte[1] : la Cour féodale, à Toulouse, était encore par conséquent une sorte de Cour des Bourgeois, et lorsqu'elle statuait en appel ou par voie de recours sur les causes féodales, nées dans le ressort de la viguerie de Toulouse, elle devait conserver son caractère propre, elle devait porter au sein de la cour du comte les traditions romaines et l'esprit judiciaire des consuls ou des bourgeois. — Il ne faut donc pas trop s'attacher, avec le savant émule de Dumoulin, à la présomption de similitude entre le droit féodal de Paris et celui de Toulouse.

Nous avons à signaler, en effet, de graves différences.

La patrimonialité des fiefs, qui est un grand principe reconnu, du XIIe au XIIIe siècle, dans la France du Nord et du Centre, n'est pas encore pleinement appliquée dans les Coutumes de Toulouse approuvées en 1285 : le principe de l'*emphytéose romaine*, qui laissait subsister le droit de propriété sur la tête du concédant, avait passé dans deux dispositions de ces coutumes : 1° le seigneur n'était pas tenu de recevoir pour son feudataire le détenteur du fief qui n'avait point payé le *pax*, c'est-à-dire les lods et ventes ; 2° lorsque le fief avait été l'objet de deux ventes successives, la première sans le consentement du seigneur, mais avec mise en possession réelle de l'acquéreur, — la seconde, avec le consentement du seigneur sans prise de possession, c'est la seconde vente qui prévalait dans la jurisprudence féodale de Toulouse, nonobstant la possession, et malgré la règle contraire admise dans les coutumes pour les ventes successives des autres biens[2]. C'était le droit de l'emphytéose romaine qui avait prévalu, sous ce rapport, dans la jurisprudence féodale des consuls.

Mais là s'arrêtait l'influence traditionnelle de l'emphytéose ; et, dans les Coutumes toulousaines, le droit de propriété, du

[1] *Cout. Toul.*, liv. IV, tit. 1er, art. 1. La *Cour féodale* est appelée aussi *Cour du comte* : ce sont deux expressions synonymes.

[2] *Cout.*, liv. IV, 1, 3.

Digitized by Google

reste, était sanctionné de la manière la plus absolue en faveur des acquéreurs de fiefs et de censives.

Ainsi, le défaut de service des *oblies* ou redevances n'entraînait point la *commise* ou confiscation du fief; il y avait seulement obligation de payer les redevances arriérées [1].

Ainsi, la Coutume n'admettait point, en faveur du seigneur direct, le droit de *prélation*, en d'autres termes, le retrait féodal et censier, qui formait l'usage général de la France [2]. Elle avait, à cet égard, un caractère original bien plus favorable à l'esprit de liberté civile et de propriété parfaite que le droit commun du moyen âge. Cette exclusion du retrait féodal et censuel, pratiquée non-seulement dans le gardiage, ressort de la Cour des consuls, mais dans toute la viguerie de Toulouse, ressort de la Cour du viguier, fut suivie dans l'usage de la ville de Cahors [3] : ce sont les deux seules Coutumes du Midi, chose remarquable, qui maintinrent dans toute son énergie le droit d'aliéner les fiefs et les censives comme les autres biens, sans que le seigneur eût la faculté de briser le contrat de vente pour ressaisir la terre et la réunir à son domaine, au prix du contrat, ou pour se choisir, au même prix, un autre tenancier. Les consuls de Toulouse, jugeant comme Cour féodale, avaient par là rejeté les conséquences exagérées que les chartes et coutumes, dans d'autres parties de la France méridionale, avaient déduites de la loi de Justinien sur le droit de préférence ou de prélation accordé au propriétaire direct, lorsque l'emphytéote voulait vendre les améliorations du fonds emphytéotique [4].

Cette plénitude du droit de vente, qui assimilait l'aliénation d'un fief à celle de tout autre bien, devait conduire au droit de *franc-fief*, c'est-à-dire au droit du bourgeois ou roturier d'ac-

[1] *Cout.*, liv. IV, tit. 10. Il y avait obligation de payer les redevances sans prescription de trois ou même de trente ans en faveur du débiteur.

[2] *Cout.*, liv. IV, 1, 9.

[3] Pons Ier, ou *Raymond Pons*, posséda avec le comté de Toulouse et la suzeraineté sur le comté de Carcassonne, les comtés de *Cahors* et d'Albi. Son testament, de 940, est rapporté par Mabillon *De re diplomatica*. Cahors pouvait donc adopter l'usage de Toulouse, puisqu'il y avait même pouvoir.

Les *Fors de Béarn* ont une disposition analogue en apparence, mais très-différente en réalité. — Les anciens usages de Limoges se rapprochent plus à cet égard de ceux de Toulouse.

[4] *Cod. Just.*, lib. IX, tit. 66, 3.

Digitized by Google

quérir et de posséder librement un fief, sans avoir à se faire relever par le roi, en lui payant une somme comme suzerain, de l'incapacité personnelle de posséder des biens nobles : aussi le droit de franc-fief fut-il reconnu de bonne heure à l'égard des citoyens de Toulouse. Lorsqu'il apparaît dans les annales du XIVe siècle, il est déjà réputé ancien : en 1353, par exemple, défense est faite par le comte d'Armagnac, gouverneur du Languedoc, au receveur des deniers du roi, de contraindre les habitants de Toulouse, acquéreurs de fiefs nobles, à payer aucune finance, et cette défense est faite *suivant les immunités de la ville*[1] ; de même, les lettres patentes de Charles VII, de 1419, ne font que confirmer expressément l'ancien privilége de franc-fief[2].

L'esprit de liberté civile qui affranchissait les fiefs et les censives de la loi commune du retrait féodal et censier, et les possesseurs non nobles, de l'obligation de payer le droit de *franc-fief*, devait, à plus forte raison, se retrouver en plein exercice, lorsqu'il s'agissait de la liberté générale des héritages ou du *franc-alleu*.

Le principe romain de la libre propriété du sol formait le droit de toutes les contrées de la Gaule narbonnaise : « *Nostri juris sunt, quæ in proprietate nostra esse noscuntur,* » — « *Omnia prædia censentur libera, nisi probetur servitus;* » c'était la règle de droit naturel également consacrée par le recueil d'Alaric (*Epitome* de Gaius) et par le Code de Justinien[3]. Ce grand principe avait résisté à la féodalité dans les provinces méridionales et engendré la maxime *nul seigneur sans titre*[4]. C'est celui qui séparait le plus profondément, dans le droit féodal, les provinces méridionales des autres contrées de la France, où régnait la maxime opposée *nulle terre sans seigneur*. — Il ne faudrait pas croire toutefois qu'il y eût, à cet égard, une distinction correspondante à celle qui sépara la France en deux zones, pays de droit écrit, — pays de droit coutumier : le franc-alleu se retrouvait dans plusieurs provinces des pays de coutumes; et

[1] *Annales de Toulouse*, Lafaille, 1383, t. I, p. 94.
[2] *Annales*, Lafaille, 1419, t. I, p. 173.
[3] *Lex romana Visig.* — *Epitome Gaii*, tit. 9, p. 21, édit. de 1593. — II, 1, Ed. Haënel, p. 323. — Cod. Just., *De servit.*, l. 8. — *Vide* Gothof., *ad legem.*
[4] V. mon tome IV, liv. VI, p. 417.

Digitized by Google

il peut être utile d'embrasser ici, d'un coup d'œil général, les diverses origines, les diverses applications du franc-alleu, afin de bien saisir toute l'importance de cette haute protestation de la liberté civile contre l'esprit envahisseur de la féodalité.

Les pays de franc-alleu, dans l'ancienne jurisprudence française, me paraissent devoir se distribuer en quatre divisions :

1° Les pays de *droit écrit*, comme le Dauphiné, certaines parties de la Bourgogne, la Provence, le Languedoc, la Guienne, qui avaient conservé, avec certaines différences, la tradition du Droit romain;

2° Les pays de *coutumes mixtes*, savoir : la Saintonge, le Poitou, l'Orléanais, au sein desquels l'influence des lois romaines s'était mêlée aux usages locaux par des causes particulières, — de situation pour la Saintonge et le Poitou compris dans l'Aquitaine, — d'enseignement juridique au moyen âge, pour l'Orléanais, où fleurit de bonne heure l'enseignement du Droit civil romain, enlevé à l'Université de Paris par la décrétale *super specula*[1];

3° Les pays de *droit coutumier*, habités primitivement par des peuples gaulois qui, lors de la conquête romaine, avaient obtenu le titre de peuples libres ou alliés, et qui furent autorisés en conséquence à jouir de leurs usages nationaux : Pline l'Ancien nous indique les principaux sous les noms de *Nervii*, *Remi*, *Meldi*, *Lingones*, *Hedui*, *Bituriges*, *Arverni*[2]; et c'est précisément dans les contrées qui répondent au territoire de ces anciens peuples que se sont maintenues, en pays coutumier, les Coutumes allodiales. L'alleu se trouve, en effet, dans les Coutumes du Hainaut (*Nervii*), dans les Coutumes de Champagne, Troyes, Châlons, Chaumont, Vitry, Reims (*Remi*); dans les Coutumes de Meaux (*Meldi*), de Langres (*Lingones*), de Bourbonnais et d'Auxerre (*Hedui*), du Berri et du Nivernais (*Bituriges*), de l'Auvergne (*Arverni*);

4° Enfin, les provinces de *droit coutumier* habitées par des

[1] Honorius III, année 1220 (V. mon tome IV, p. 330-339).

[2] Plinius, *Hist. nat.*, IV, 17, 18, 19.—Pline ajoute *Santones* (les Santons), que nous ne nommons pas ici, parce que la Saintonge est classée par nous dans les pays de *Coutumes mixtes;* et les *Carnuti*, dont le pays a subi l'action du voisinage de Paris, ou se confond quelquefois avec les usages de l'Orléanais.—La Coutume de Chartres admet, du reste, l'alleu fondé en titre.

Digitized by Google

peuples gaulois, éloignés du centre de la conquête germanique, comme le Maine et l'Anjou, mais en exceptant la Bretagne, et nous dirons tout à l'heure pourquoi.

C'est donc, d'après cet aperçu, la tradition romaine qui aura fondé le franc-alleu dans les pays de droit écrit et de droit ou de coutumes mixtes, — et la tradition gallique qui aura fondé, dans certains pays de droit coutumier, les coutumes réputées allodiales.

A l'égard des pays de Droit écrit et de Coutumes mixtes, cela ne peut être douteux, puisque le droit libre de propriété, le *dominium*, la *plena potestas in re*, est un principe fondamental dans les lois romaines des différentes époques.

Quant à certaines provinces de Droit coutumier, l'usage celtique de l'alleu, attesté par les lois galloises de Hyveldda (Hoël-le-Bon) et par les traditions les plus anciennes du pays de Galles [1], a dû naturellement se continuer chez les peuples de la Gaule autorisés à conserver leurs usages territoriaux. Cette concordance des peuples libres et alliés admis à jouir de leurs usages, pendant l'époque gallo-romaine, avec les peuples et les pays coutumiers, qui ont conservé au moyen âge la pratique du franc-alleu malgré l'action si puissante de la féodalité, ne peut être un effet du hasard ; elle constate la filiation et la perpétuité des anciens usages de la Gaule sur le principe de la libre propriété.

A la vérité, et nous nous empressons de le reconnaître, l'alleu existait également dans les lois et les mœurs germaniques ; c'est un point indubitable, et l'on trouve ainsi plusieurs usages originairement communs aux Germains et aux Celtes, qui formaient deux branches de la famille indo-européenne [2]. Mais dans les provinces du Nord de la France, occupées plus spécialement par les Germains, l'alleu d'origine germanique a disparu sous la domination progressive de la féodalité, qui naissait et des mœurs germaniques elles-mêmes et de l'état de conquête : là le fief dominant a fini par attirer et engloutir l'alleu. — Au contraire, dans les provinces, qui, par privilége national ou à

[1] Wotton, *Leges Wallicæ*, p. 140, et Glossar., v° *Aelwyd*. — Voir mon tome II, p. 111. — Il ne faut pas oublier qu'au moyen âge, l'alleu était en même temps bien *libre* et bien *noble*, et qu'en cela il se distinguait de la propriété libre, du droit romain.

[2] Un savant philologue de l'Allemagne publie en ce moment un livre sur les *Germains* et les *Celtes*, pour établir qu'ils ne formaient qu'une seule et même race ; il met de côté très-hardiment l'autorité de Jules-César et de Tacite (V. l'analyse dans la *Revue contemporaine*, numéro d'avril 1855).

Digitized by Google

cause de leur situation, avaient conservé l'alleu d'origine gallique et qui furent moins soumises aux effets de la conquête des hommes du Nord, l'alleu gallique ou gallo-romain s'est conservé. Il a pu même, par loi d'analogie, se fortifier des usages de même nature que pratiquaient les Germains établis sur le sol gallo-romain; et par cette double action l'alleu celtique, qui avait toute la persistance d'un ancien usage de peuple et de territoire et que rien n'avait contrarié pendant l'époque gallo-romaine, a traversé l'époque franque et l'époque féodale. Il y eut donc, en définitive, dans les coutumes du moyen âge, entre l'alleu d'origine germanique et l'alleu d'origine gallique ou gallo-romaine, cette différence de destinée que dans les provinces où les Germains prédominaient, non-seulement par la conquête mais par le nombre des habitants, la féodalité prit le caractère absolu et absorba les alleux dans les fiefs et les censives; mais que, dans d'autres provinces, où les Germains s'établirent en moins grand nombre et laissèrent aux usages locaux plus de force et de libre exercice, les alleux persistèrent, et les coutumes, au lieu d'être purement féodales, retinrent en même temps le caractère d'allodialité.

Dans l'ensemble de ces résultats, en ce qui concerne la permanence de la tradition celtique, une seule, mais une grande exception, est à remarquer, c'est celle de la Bretagne, la province la plus éloignée du centre de la conquête et de la domination germanique. Les traditions celtiques y conservèrent une vitalité puissante, et les alleux cependant n'y furent point protégés par ces traditions. Deux causes historiques expliquent cette disparition des alleux du sol breton : 1° l'usage des domaines congéables qui s'établit dans la basse Bretagne, aux Ve et VIe siècles, lors de l'émigration des fugitifs du pays de Galles, reçus en qualité de *colons* sur une grande étendue de terres à défricher, lesquelles devinrent des *domaines congéables* ou de véritables *censives*[1]; — 2° l'extension que la féodalité prit en Bretagne avec les assises du comte Geffroy, à la fin du XIIe siècle (1185). Les vestiges des anciens alleux s'effacèrent sous l'empire de ces causes permanentes; il n'en resta que le nom dans certaines parties du territoire[2]; et le pays, où la

[1] V. mon tome II, p. 117.

[2] V. dans le Dictionnaire breton d'Ogée les noms de quelques paroisses ou prieurés qui s'appellent *Allaire*, ou *Alion* (I, p. 37).

Digitized by Google

maxime *nulle terre sans seigneur* eut l'effet le plus absolu, fut certainement la province de Bretagne.

Le Languedoc et la Bretagne forment, sous ce rapport, les deux pôles opposés dans l'histoire du Droit français.

Les anciennes Coutumes de Toulouse (auxquelles je suis ainsi ramené) maintinrent pour tous les héritages le principe de la propriété allodiale ou libre, s'il n'y avait pas de *titre contraire*. Ce principe toutefois n'y était pas formellement exprimé : les anciennes Coutumes le supposaient comme un principe général de droit public et privé. Mais en l'admettant tacitement, elles venaient équitablement au secours des seigneurs qui avaient pu perdre leurs titres : elles obligeaient chaque feudataire, sur la réquisition du seigneur, *de qui le fief était tenu*, d'exhiber ses titres et de donner des extraits ou copies de tous les actes qu'il pouvait avoir touchant les fiefs possédés[1]. Cette disposition spéciale consacrait bien la règle qu'il n'y avait pas de seigneur sans titre, et que le prétendu seigneur ne pouvait, pour ses droits féodaux, suppléer au titre par la simple possession ou par une règle coutumière; mais, en même temps, elle était utile aux seigneurs qui, dans le désordre des guerres du moyen âge, avaient perdu leurs archives. — Le domaniste Galland, le grand adversaire des alleux du Midi au XVIIe siècle, avait étrangement abusé de cette disposition dans son Mémoire. Il avait voulu en induire que toute terre était un fief si le possesseur ne *justifiait pas du contraire par un titre*, et que les anciennes Coutumes de Toulouse excluaient le franc-alleu! C'était, par une induction forcée et fausse, dénaturer le sens d'un texte qui s'appliquait expressément au feudataire dans ses rapports avec le seigneur duquel il tenait le fief, chose qui devait être établie soit par un titre, soit par l'aveu du feudataire, selon les termes formels que je trouve dans le 16e des articles réservés[2]; c'était mécon-

[1] *Cout. de Toulouse*, liv. IV, tit. 1er, art. 2, p. 5.

[2] Casaveteri, f° 66, au verso *in fine* :

« Si aliquis feudatarius vel tenens feudum *confiteatur* se debere servire *oblias* nummorum domino dicti feudi pro dicto feudo, et non inveniantur *aliqua instrumenta* vel *translata* in quibus donationes dicti feudi expressentur, dictus feudatarius vel tenens feudum debet dare et servire dicto domino feudi, quando evenerit retroaccapita *in duplo* dictarum obliarum et alias directas dominationes, uti evenerint prout superius expressantur. »

C'est à la peine du *double* que s'applique la *réserve* royale, ainsi qu'il ré-

Digitized by Google

naître hardiment une règle d'équité attestée, dans l'application, par les traditions séculaires du pays, et bien propre, au surplus, à concilier dans une juste mesure les droits respectifs des seigneurs et des vassaux [1].

Un obstacle, à la vérité très-sérieux, s'était élevé au moyen âge, dans une partie du Languedoc, contre le principe de l'allodialité : c'était l'établissement des lois de Simon de Montfort, après la conquête de l'Albigeois. J'aurai à déterminer ailleurs les véritables effets de ces lois sur le droit méridional; cela me conduirait ici à une trop longue digression. En ce qui concerne les anciennes Coutumes de Toulouse, il suffit de constater que les lois de Montfort ne furent point imposées à la cité, et que dans le serment prêté par Simon de Montfort et son fils à Toulouse même, en présence des consuls et du Conseil commun, le 8 mars 1215 (serment nié par Catel et retrouvé par Lafaille aux archives), Montfort se disant « par la grâce de Dieu, duc » de Narbonne, comte de Toulouse, vicomte de Béziers et de » Carcassonne, jura de garder en sa foi et de défendre par toutes » voies de justice l'Église toulousaine et tous les citoyens de » Toulouse en *leurs personnes et leurs propriétés*, *in personis et* » *rebus* [2]. » Et par conséquent, les lois spoliatrices qui pesèrent sur l'Albigeois et le pays de Carcassonne n'eurent pas d'empire, même un seul jour, à Toulouse [3].

Si les coutumes approuvées en 1285 étaient aussi favorables

suite des articles précédents, et non au mode de preuve, c'est-à-dire l'instrument par écrit ou l'aveu (*si confiteatur*).

[1] Sur les faits traditionnels depuis les temps anciens jusqu'aux temps modernes, voir : DOMINICY, *De prerogativa alliodorum*. — CATELAN, *Arrêts*, liv. III, c. 2. — CAMBOLAS, *Arrêts*, liv. IV, c. 45. — CASENEUVE, *Franc-alleu*, réponse à Galland. — FURGOLE, *Traité du franc-alleu*.

[2] Le texte du serment est dans Lafaille, *Preuves*, t. I, p. 124.

[3] C'est quatre ans après le serment prêté que le vainqueur tomba sous les murs de Toulouse :

A ce moment prédit où le Ciel désarmé
Condamna l'oppresseur, releva l'opprimé,
Bénit des Toulousains la longue résistance,
Et rétablit leur comte enfin dans sa puissance.

V. l'ÉPOPÉE TOULOUSAINE, par M. Florentin Ducos, poëme en vingt-quatre chants, avec des notes historiques, 2 vol. (1850). C'est un monument de poésie et d'histoire qui honore le pays où la poésie trouve encore un culte fidèle.

Digitized by Google

que possible à la liberté du sol et des héritages, il n'en était pas ainsi à l'égard de la liberté des personnes.

Le servage *de corps* est maintenu par les Coutumes approuvées, sous le titre *de hommagiis* [1].

Le citoyen de Toulouse, chevalier ou bourgeois, peut avoir des hommes de corps : *Si aliquis miles seu burgensis, civis Tolosæ.... hominem suum proprium de corpore* [2].... Celui qui avait un homme de corps en possédait au même titre les enfants, bien qu'ils fussent nés d'une mère libre : les enfants (fils ou filles) suivaient la pire condition [3]. L'homme de corps transmettait sa condition servile à ses enfants et descendants [4]. Le maître avait le droit d'imprimer aux serfs le stigmate de l'esclavage romain, le plus ignominieux, puisqu'il avait le droit de marquer par le fer son homme de corps fugitif : « Si illum hominem ceperit aut *marcabit*, » dit la Coutume; et le vieux commentateur Casaveteri met en note *cum ferro* vel *alio instrumento*, sicut *de animalibus* [5].

Le roi Philippe le Bel approuva ces dispositions rigoureuses des anciennes coutumes sur la servitude personnelle ; mais, du moins, il plaça parmi les articles réservés l'ancien usage gallo-romain, attesté par Salvien au Ve siècle, de se vouer, avec ses biens et avec toute sa famille présente et future, à l'état de servitude [6]. La disposition qui constate la coutume pratiquée à Toulouse *jusqu'en* 1285, est ainsi conçue : « Tel est l'usage à Tou-
» louse et dans le gardiage (*dex*); si quelqu'un a confessé,
» reconnu ou concédé qu'il est l'homme de corps et de glèbe
» (*de corpore* et *casalegio*) d'un citoyen ou son homme, soit de
» corps, soit de glèbe seulement; — ou bien, s'il s'est donné
» pour l'homme d'un citoyen de Toulouse et de sa famille, lui

[1] *Cout.*, liv. IV, tit. 4.

[2] *Cout.*, IV, 4, 5.

[3] *Cout.*, id., id., art. 3.

[4] *Cout.*, art. 1 et 2. Si homo de corpore... filiis suis vel nepotibus qui sibi in eadem succedunt conditione.

[5] *Cout.*, liv. IV, tit. 5, et Casaveteri, *ad notam de immunitatibus civium Tolosæ.*

[6] Salvianus, *De gubernatione Dei*, lib. V, c. 8, n° 9 :

Cum domicilia atque agellos suos, fugati ab exactoribus, deserunt, fundos majorum expetunt et *coloni* divitum fiunt. (V. mon tome II, p. 441; mon tome III, p. 410.) — Casaveteri, *De hommagiis*, f° 67.

Digitized by Google

» et toute sa progéniture, et s'il a donné sa chose, ses biens, » ses droits, pour en faire selon sa volonté, et qu'il ait fait aussi » aveu et reconnaissance pour lui et sa famille à naître, dans la » paroisse ou hors de la paroisse et en tous autres lieux, il de- » vient par charte publique, avec toute sa progéniture, homme- » lige et propre de ce citoyen de Toulouse, et le dit citoyen » pourra sur lui, sur ses enfants, sur leur progéniture et des- » cendance, exercer droit de taille ou de quête (*quæstare*) et de » servitude (*de eis servire*) comme sur ses hommes propres et » liges. C'est la coutume et celle que nous disons être : les li- » bertés et immunités, les usances et coutumes de la ville de » Toulouse, de ses faubourgs et banlieues et de tous ses citoyens, » devant, au surplus, rester sauves et perpétuelles. »

Et ainsi, c'était dans le même texte de Coutume, où le droit de renoncer à la liberté pour soi et toute sa race se trouvait formellement reconnu, que les consuls réservaient *les libertés et immunités* de tous les citoyens de Toulouse; immunités et libertés qui ne les empêchaient pas d'avoir des serfs, des hommes de corps voués à une servitude perpétuelle et ignominieuse. Ce n'est pas le beau côté des coutumes toulousaines. — La servitude, au surplus, ne cessa dans le pays que par suite des lettres patentes données par Charles VI, en avril 1390, lesquelles déclaraient libres et affranchis de toute servitude tous les *manants* et *habitants* de la sénéchaussée de Toulouse et d'Albi, tant pour leurs personnes qu'à l'égard de leurs héritages et possessions, en payant *un sou tournois* pour chaque arpent de terre[1].

Les anciennes coutumes, dures envers les serfs appartenant aux citoyens, étaient généreuses, du moins, à l'égard des étrangers et en faveur de leurs serfs. Elles ouvraient la Cité à toute personne qui, demeurant dans un bourg, un village et autres lieux, avait déclaré son intention de l'habiter, en disant : « Je » veux entrer à Toulouse, et me faire citoyen de Toulouse, *ego* » *volo intrare in Tolosam et facere me civem in Tolosa.* Si cette » personne, faisant route pour la ville, était arrêtée ou détenue » par quelqu'un, les Consuls et la communauté de Toulouse de- » vaient la réclamer, la prendre sous leur protection, et si elle

[1] Lettres-patentes, Archives (liasse 5, indiquée par Lafaille, I, p. 144).

Digitized by Google

» était captive, la recouvrer avec tous ses biens, comme s'il » s'agissait d'un citoyen [1]. »

La disposition, qui se trouve dans les coutumes *approuvées*, mettait à ce droit d'acquérir la bourgeoisie une seule restriction, contre le serf que son maître, citoyen de Toulouse, aurait arrêté ou *marqué* en route [2]; celui-là ne pouvait pas jouir du privilége de citoyen. Mais les coutumes *réservées* reconnaissaient le droit d'asile et de cité, sans aucune restriction, à l'égard des serfs étrangers qui étaient parvenus jusqu'à Toulouse : « C'est l'usage » et coutume, dit un des articles non approuvés en 1285, que » les hommes venant à Toulouse pour y habiter et y habitant, » de quelque contrée qu'ils viennent, bien qu'ils aient des » maîtres, peuvent et doivent rester ici libres de leurs maîtres » (*liberi a dominis suis*), et faire leurs affaires sans réclamation, » empêchement ni contradiction; et lesdits maîtres ne peuvent » ni ne doivent contraindre (*fortiare*) les hommes habitant aussi » dans Toulouse ou dans la banlieue (*in barriis*), à raison ou à » l'occasion de leur puissance et propriété [3]. »

Le roi de France appliqua la formule *non placet vel deliberabimus* à ce droit d'asile général, en faveur des esclaves et des serfs fugitifs; mais la coutume existait, et la réserve royale ne put l'effacer de l'opinion des peuples et des usages de la cité. Toulouse protégea toujours avec énergie les esclaves fugitifs, et défendit, avec leur liberté, son ancienne prérogative. Les annales de la Cité en ont conservé le témoignage authentique, qu'il n'est pas inutile de rapprocher des anciennes Coutumes. En 1402, quatre esclaves s'étaient réfugiés de Perpignan à Toulouse; leurs maîtres les suivirent et les réclamèrent devant les Capitouls; le syndic de la Ville intervint dans l'instance, et soutint que, par un privilége de cette ville, toute sorte d'esclaves étaient libres, dès qu'ils avaient mis le pied dans sa banlieue ou gardiage; les Capitouls jugèrent conformément à l'usage [4]. — En 1406, une fille esclave, âgée de vingt ans, d'une beauté extraordinaire (disent les Annales), se réfugia aussi de Perpignan à Toulouse, et se plaça sous la sauvegarde des Capitouls. Sa maîtresse la réclama; le gouverneur du Roussillon, pour le roi d'Aragon,

[1] *Cout.*, liv. IV, tit. 5.
[2] *Cout.*, id. ibid.
[3] Consuetudines non approbatæ. Casaveteri, f° 67, art. 18.
[4] *Annales* de Lafaille, 1, p. 156.

Digitized by Google

écrivit aux Capitouls une lettre qui mêlait la menace aux prières. Les Capitouls opposèrent leur antique privilége, et les Catalans offrirent vainement à la cité 50,000 florins d'or pour en racheter l'application [1].— En 1443, les Catalans, s'appuyant sur quelque clause équivoque d'un traité passé, en 1417, entre le roi de France et celui d'Aragon, au sujet des *représailles*, firent assigner les Capitouls de Toulouse, pour se voir faire défense de se servir du privilége d'affranchissement; mais le parlement de Paris, devant lequel la cause fut portée par les Capitouls contre le *procureur du Principat de Catalogne*, maintint la Ville en jouissance de son privilége [2]. Le parlement de Toulouse promis en 1250 à la Cité par saint Louis, en souvenir peut-être et en échange de la dignité de comte du palais qui avait appartenu aux anciens comtes,— établi en 1302, par Philippe le Bel, au moment où le parlement de Paris était déclaré sédentaire,— confirmé en 1419 par des lettres patentes [3], reçut, après quelques intermittences, sa dernière institution royale en 1444, époque à laquelle commence la collection, actuellement existante, de ses registres; et c'est dans l'année suivante, en 1445, que LA COUR, vérifiant et enregistrant le *traité des représailles*, consigna sur son premier registre les *réserves les plus expresses* pour maintenir le privilége relatif aux esclaves : « A l'égard de l'usage et privilége de la ville » de Toulouse (y est-il dit), concernant les esclaves et captifs » réfugiés dans cette ville, la Cour ayant vu et examiné les arrêts » rendus sur ce sujet et qui lui ont été exhibés, tant par le pro- » cureur général que par le syndic de cette ville, a déclaré et dé- » clare *qu'elle n'a point obtempéré*, *ni n'obtempérera* pour ce re- » gard; ordonne, au contraire, que les dits arrêts demeureront » en leur force et seront exécutés, selon leur forme et teneur. » Fait à Toulouse, le septième juillet 1445 [4]. » Ainsi les Capitouls, le parlement de Paris et le parlement de Toulouse, aux XIVe et XVe siècles, ont maintenu et appliqué l'usage attesté par la disposition des plus anciennes coutumes, que le roi avait cependant réservée sous la formule *non placet vel deliberabimus*.

Une confirmation expresse fut donnée aussi, dans le XVe siècle,

[1] *Annales*, I, p. 183.
[2] *Annales*, I, p. 203-204.
[3] Catel, *Mém. du Languedoc*, a donné au long ces lettres patentes.
[4] Extrait et traduit du premier Registre du parlement de Toulouse (Lafaille, I, p. 204).

Digitized by Google

aux dispositions des anciennes coutumes qui admettaient les étrangers au rang et à tous les droits de citoyen. Le droit d'aubaine, qui occupe tant de place dans le droit féodal, était repoussé par l'esprit des coutumes de Toulouse; et lorsque, dans la plupart des autres contrées de la France, il avait le double caractère de droit seigneurial et royal, il fut définitivement exclu de ce pays par les lettres patentes de Louis XI, du 20 août 1472. Ces lettres patentes, déclarant l'exemption du droit d'aubaine en faveur des étrangers qui habitaient ou viendraient habiter Toulouse, furent accordées sur la supplication des Capitouls pour rassurer les étrangers, qui « différaient (dit le Roi dans les lettres » patentes) de s'établir en ville, *doubtans* que quand ils y feroient » leur demeure et acquerroient aucuns biens et héritages, ils » n'en pussent disposer ni tester, et que, après leur décès, leurs » héritiers ou autres en fussent privés ou déboutés, et qu'on » voulust dire leurs biens à Nous compéter et appartenir » comme *aubaines* : c'est pourquoi, Nous, ces choses con- » sidérées, désirant le bien et entretènement de notre ville de » Toulouse, mêmement que de notre temps elle soit repeuplée, » restaurée et remise au meilleur et plus convenable état et » prospérité que faire se pourra, à tous les dits étrangers natifs » hors de notre royaume, qui sont demeurans et qui dorénavant » viendront demeurer en notre dite ville de Toulouse, et à chacun » d'eux, avons *octroyé* et *octroyons* par ces présentes qu'ils » puissent et leur soit loisible tester et disposer de leurs dits » biens tant meubles qu'héritages, et que leurs dits hoirs, suc- » cesseurs et autres, auxquels leurs susdites successions devront » appartenir, par testament ou autrement, puissent appréhender » icelles successions, tout ainsi qu'ils fairoient ou faire pour- » roient *si iceux étrangers étoient natifs de notre dit royaume* [1]. »

C'était pour Louis XI une disposition bien libérale, mais qui s'inspirait surtout des anciennes Coutumes de Toulouse pour en perpétuer l'esprit.

En dernière analyse, tous ces arrêts et documents, soit sur les serfs fugitifs, soit sur les étrangers et le droit d'aubaine, prouvent la vitalité des anciennes Coutumes : ils prouvent même que certaines dispositions, non formellement approuvées par le roi en 1285, étaient restées dans les mœurs, et que la force des

[1] *Annales* de Lafaille, t. I, *Preuves*, p. 109, et Caseneuve, *Franc-alleu*.

Digitized by Google

usages avait été supérieure à une réserve officielle qui n'était point une abrogation formelle, une condamnation définitive.

Ceci nous avertit en même temps de l'importance que l'historien doit attacher aux *vingt articles réservés*, quand il s'agit du Droit toulousain au moyen âge.

Nous allons essayer, dans cette dernière partie, d'en déterminer les caractères, soit en eux-mêmes, soit dans leur rapport avec les vues politiques de la royauté française.

§ 5. — Coutumes réservées ou non approuvées en 1285, considérées d'après leur caractère municipal, féodal et civil.

Les Coutumes, non approuvées en 1285, offrent à nos recherches et à notre curiosité la matière d'un examen qui a l'attrait de la nouveauté, car les anciens commentateurs des Coutumes de Toulouse, ou se sont bornés à présenter leur texte seulement, comme Casaveteri, ou les ont complétement omises, comme Cairon, François et Soulatges. De nos jours, l'auteur du mémoire que nous avons cité [1] les a mentionnées et en a étudié quelques dispositions; mais il n'entrait pas dans son plan de les examiner dans leur ensemble.

Les articles réservés appartiennent à l'ordre municipal, à l'ordre féodal, à l'ordre civil; et c'est en les classant de cette manière que nous allons en rendre compte.

I. Dans l'ordre municipal, les dispositions concernent le droit des consuls, la compétence, la juridiction, et certaines immunités des citoyens de Toulouse (art. 1, 2, 3, 4, 5, 19 et 20).

Le droit des consuls est placé sous la rubrique remarquable *de origine consuetudinum;* et c'est en effet le droit, que j'ai indiqué dans les préliminaires, de déclarer la coutume elle-même : « L'usage approuvé et observé *depuis les temps les plus* » *anciens* (dit l'article 1er) est que, s'il y a doute sur une cou- » tume dans quelque cour de Toulouse (*in aliqua curia To-* » *losæ*), on doit recourir aux consuls, et l'on doit avoir et tenir » pour coutume certaine ce que les consuls, après délibération, » affirment être la Coutume de Toulouse, sans qu'il soit néces- » saire d'autre preuve [2]. » Rien ne peut mieux caractériser la

[1] Mémoire de M. Astre, avocat à Toulouse.

[2] Casaveteri, f° 63, *Consuetudines non approbatæ*, art. 1.

Digitized by Google

suprématie des consuls de Toulouse. Ils sont dépositaires des usages de la Cité, comme pouvaient l'être, dans les premiers siècles de Rome, le collége des pontifes, les patriciens, les prudents, et ils ont le pouvoir de déclarer le droit. L'enquête par Turbe, usitée dans les provinces de France, ce moyen de recherche et d'interprétation des coutumes si incertain et si confus, était remplacé à Toulouse par cette haute juridiction qui faisait du magistrat consulaire la loi parlante et vivante, comme Cicéron le disait du préteur romain; mais en 1285, lorsque la coutume, recueillie dans un texte approuvé par le roi, prenait le caractère d'une loi fixe, ce pouvoir déclaratif et presque législatif devait paraître exorbitant et cesser son exercice [1].

L'article réservé sur la compétence, de *foro competenti*, est aussi un reflet du vieux droit romain : il prouve que Toulouse, capitale des domaines du comte, avait la même prérogative que Rome, capitale du peuple-roi, d'attirer juridiction. La Coutume porte (art. 3) : « Lorsqu'un contrat public d'obligation ou même » de vente d'*immeubles* était reçu par un notaire de Toulouse et » concernait un citoyen de la ville, l'obligé ou le contractant » pouvait être cité à Toulouse même, au tribunal des consuls, » et il devait répondre devant eux, quel que fût son domicile » personnel dans le diocèse, sur les domaines du comte ou sur » la terre d'un autre seigneur relevant du comte [2]. » La juridiction des consuls, à l'occasion du contrat et pour l'exécution de la vente d'immeubles situés loin de Toulouse, s'étendait donc sur tout le comté : le tribunal du Capitole devenait pour tous le for compétent. — C'était une application remarquable de l'ancienne règle de droit romain qui attribuait compétence au magistrat de Rome pour toutes les obligations et ventes contractées à Rome, patrie commune, domicile de droit (depuis l'édit de l'an 212) de tous les citoyens de l'empire [3]. La compétence réelle, établie en 331 par l'empereur Constantin, qui donna le droit de connaître des questions de propriété, le *forum rei sitæ*, au juge du territoire, et qui consomma ainsi la révolution de Dioclétien dans l'ordre judiciaire, n'avait pas prévalu dans les

[1] Ejus est interpretari cujus est condere legem.

[2] Casaveteri, f° 63, *De foro competenti*, art. 3.

[3] Romæ *conveniri potest*, Dig., V, 1, 19. — Sidoine Apollinaire dit : In qua unica totius mundi Civitate soli *Barbari* et *Servi* peregrinantur (Epist. I, 6, p. 30, édition Colombet). V. mon tome II, p. 605.

Digitized by Google

anciennes Coutumes de Toulouse[1]. — Philippe le Bel voulut faire cesser le privilége absolu de compétence personnelle, et il refusa son approbation à l'ancien usage, afin de renfermer la juridiction des consuls dans le territoire de Toulouse, dans les limites naturelles du gardiage, et de donner aux juges du lieu la compétence réelle en matière de propriété, aux juges du domicile du défendeur la compétence personnelle en matière d'obligation.

Voici encore, dans les articles réservés (art. 5, *De sententiis diffinitivis*), une trace visible des mœurs romaines : à Toulouse, lorsqu'une publication était faite par le crieur de la ville, d'après l'ordre des consuls, « et qu'un contradicteur se présentait » devant eux, les consuls, sans citation ni pétition, entendaient » la cause sommairement et d'office (*per officium suum sum-* » *marie*) ; et de telles sentences, sur des choses de cette nature, » obtenaient toute leur force et valeur[2]. » N'est-ce pas une image du droit qu'avait le préteur de juger *de plano* les causes sommaires portées devant lui, lorsqu'il se rendait au Forum? — Le roi n'approuva pas cette justice trop expéditive.

La police municipale, d'après les anciennes Coutumes, n'était pas très-rigoureuse; elle rendait la fraude facile dans la vente des objets de consommation; elle tolérait la licence des mœurs et le recel des bannis et des coupables. — Ainsi, toute personne, autre qu'un revendeur de profession, pouvait vendre son blé avec des mesures non marquées et plus petites, sans encourir aucune peine; et les revendeurs eux-mêmes pouvaient vendre leur vin à telle mesure et à tel prix qu'ils le jugeaient convenable[3]. Le roi n'approuva pas cet arbitraire, et l'on sait que les rois de France furent préoccupés de bonne heure de l'idée d'établir l'uniformité des poids et des mesures. — Le viguier ni aucun officier ne devait arrêter un homme domicilié, marié ou non, pour cause d'adultère ou de fornication avec une femme, mariée ou non, trouvée dans une maison suspecte. Cette disposition, non approuvée en 1285, était contraire au Code d'Alaric, mais considérée comme une des immunités du citoyen de Toulouse par l'ancienne Coutume, plus favorable à la

[1] Constitution de l'an 331, *Cod. Just.*, III, 19. V. mon tome II, p. 606.
[2] Casaveteri, f° 64, art. 5, *De sententiis diffinitivis.*
[3] Casaveteri, f° 64, art. 6, *De emptione et venditione.*

Digitized by Google

liberté individuelle qu'aux mœurs des gens mariés [1]. Enfin il était d'usage que, si un citoyen de Toulouse recélait sciemment un banni ou un homicide, il n'était point tenu, pour ce fait, de la justice du roi [2] : coutume encore contraire au Code d'Alaric, et que Philippe le Bel ne pouvait pas évidemment sanctionner [3].

Si pour beaucoup de choses, la police municipale à Toulouse était tolérante, elle voulait cependant être informée, et elle ouvrait une large porte aux dénonciations. La justice et la police étaient confondues au moyen âge; elles le furent en France jusqu'au règne de Louis XIV; et à Toulouse les dénonciations que provoquait la police avaient libre carrière devant la justice. — Il y a, dans les coutumes approuvées, un titre *de denunciationibus* [4]; il déclare, contrairement au Droit romain [5], que le dénonciateur n'est point tenu, à raison de sa dénonciation, d'amende envers la justice, de restitution ou d'amende envers la personne dénoncée : celle-ci ne peut avoir l'action d'injure contre le dénonciateur que s'il s'est obligé spécialement à prouver les faits dénoncés. — Mais, dans l'usage, il y avait de plus une récompense pour le dénonciateur, et cela dans le cas où la personne dénoncée avait été condamnée à la *confiscation des biens* envers le comte de Toulouse. C'est cette prime d'encouragement aux dénonciations les plus graves qui n'a pas été approuvée par la royauté en 1285. Le roi, qui devait plus tard opérer l'immense confiscation des biens des Templiers, comprenait, au début de son règne, avec un sens moral non encore obscurci par les passions politiques, qu'il ne fallait pas donner à l'esprit de cupidité cette tentation dangereuse d'avoir beaucoup à profiter de la gravité même des accusations.

Je passe maintenant aux coutumes réservées qui appartenaient à L'ORDRE FÉODAL.

[1] *Lex rom. Visig.*, liv. IV, tit. 19, 1. — Haënel, p. 204. — Casaveteri, f° 67, art. 19, *De immunitate civium.*

Une charte des consuls et de Raymond, de 1199, sévissait contre les gens de *mauvaise vie*, mais n'était pas applicable aux faits particuliers mentionnés dans l'article réservé.

[2] Casaveteri, f° 67, art. 20.

[3] *Lex rom. Visig.*, IX, 22. — Haënel, p. 194, *De his qui reos recelarent.*

[4] Casaveteri, f° 22, au verso, art. 2.

[5] Dig., *De inj.*, lex Cornelia, *Si quis librum*, *alias libellum*, et L. *Injuriar.*, § *Si quis per injurias.*

Digitized by Google

II. Je trouve d'abord, dans cet ordre de choses, une notable exception à la Coutume générale de Toulouse, en matière de fief.

Nous avons reconnu, dans l'examen des Coutumes approuvées, que le feudataire était libre de vendre le fief, qu'il n'avait pas besoin du consentement du seigneur, et que celui-ci ne pouvait exercer le retrait féodal et censier; — que, seulement, il recevait la foi et hommage et le *pax* ou les lods et ventes.

Le 15e article *réservé* se rapporte aux divers droits féodaux qui peuvent accompagner, soit la vente, soit la transmission du fief à titre de succession; et il y est dit que, si des *oblies* (ou redevances) en argent ont été stipulées, et si la quotité des droits à payer, en cas de vente du fief ou de la justice et en cas de succession, n'a pas été convenue, le droit est fixé pour la foi ou la justice à quatre deniers toulousains, et au double des oblies pour le droit d'*acapite* ou de succession[1]. Ici, la Coutume ne faisait que régler la quotité du droit dans le silence des parties; mais, et là se trouve l'intérêt historique de l'article réservé, une distinction est faite entre les fiefs de *chevaliers* et les fiefs *ordinaires :* le droit pour la justice des fiefs de chevalerie est plus fort, il est de cinq deniers toulousains; et, en outre, la disposition porte que si le fief de chevalier est vendu ou engagé, il ne peut l'être que de l'assentiment du seigneur, *debet fieri de consilio domini.* — C'est un système tout différent de celui qui concernait les fiefs ordinaires dans les Coutumes approuvées : c'est le système du Livre des fiefs de Milan, des Constitutions du royaume de Sicile, des Assises de Jérusalem, qui ne permettaient pas l'aliénation des fiefs sans le consentement formel du seigneur; en d'autres termes, c'est le système général de la féodalité militaire qui fait son apparition dans les anciennes Coutumes de Toulouse, à côté de la féodalité civile qui permettait la libre aliénation des fiefs.

Cette disposition relative seulement aux fiefs de chevaliers, c'est-à-dire aux fiefs vraiment militaires, se retrouve, du reste, dans le droit féodal de plusieurs provinces de France, en Guienne, en Bretagne, en Normandie, où l'esprit guerrier du moyen âge s'est le plus longtemps maintenu. En Bretagne, au XIIe siècle, les fiefs de chevaliers sont, avec les fiefs de baronnie, le principal objet des assises du comte Geffroy, qui en régis-

[1] L'*acapite*, dans le droit féodal du Midi, est le *relief* dans le droit du Nord.

Digitized by Google

saient l'aliénation et la transmission par des règles spéciales. Il n'est pas étonnant qu'à Toulouse, d'où était parti l'un des héros les plus célèbres de la première croisade, Raymond de Saint-Gilles, avec de nobles compagnons d'armes, il y ait eu des *fiefs de chevaliers;* et l'ancienne différence entre les fiefs de chevaliers et les fiefs ordinaires était très-nettement marquée dans le 15e article des Coutumes réservées en 1285 : « *Tamen si dictum Feudum ab initio* PER MILITEM *vel filium militis* datum » fuerit, justitia dicti feudi debet esse de quinque solidis tholo- » sanis, et si *dictus honor venditur aut impignoratur*, dicta » venditio seu impignoritio *debet fieri de consilio domini* [1]. »

Cette ancienne exception en faveur des fiefs de chevaliers n'a pas reçu la sanction de Philippe le Bel. A la fin du XIIIe siècle, les intérêts de la constitution militaire des fiefs avaient beaucoup faibli dans les provinces de France. On entrait dans une voie nouvelle : à la monarchie féodale fondée sur la suzeraineté allait succéder la monarchie fondée sur la souveraineté du roi et des États généraux; aux principes vieillis de la féodalité militaire avait déjà succédé, dans la plupart des provinces du royaume, le principe de la féodalité civile : celle-ci était devenue le fonds commun des Coutumes en France. Il n'y avait plus alors de motif suffisant pour distinguer, sous le rapport de l'aliénation et de la propriété, les fiefs de chevaliers des autres fiefs : *cessante causa cessat et effectus.* Cet axiome de droit et de raison est aussi une loi historique, et le roi l'avait appliquée en laissant les *fiefs de chevaliers* dans le droit commun des fiefs.

Je me suis un peu étendu sur cette disposition, mais elle m'a paru se rapporter à un des points les plus curieux du droit féodal; car plus on étudie la féodalité en France et en Europe, plus on s'aperçoit que la clef des problèmes historiques et des grandes difficultés est dans la distinction entre la féodalité militaire et la féodalité politique ou civile. Pour moi, c'est le rayon qui m'a permis de pénétrer et de me retrouver dans la nuit du Droit au moyen âge.

Le rejet des autres dispositions, qui concernaient dans les Coutumes réservées les seigneurs ou les droits féodaux, s'explique par l'intention de la royauté d'affaiblir, de plus en plus, le principe féodal et de tendre vers l'unité du droit.

[1] Casaveteri, fo 66, au verso.

Digitized by Google

« Si un citoyen de Toulouse, avec sa femme ou séparément » (disait le 13e article); de même, si une femme sans son mari » a reçu gratuitement une *terre féodale*, et que l'un d'eux meure » sans testament et sans enfants ou parents successibles, et qu'il » n'ait pas fait de donation ou de pacte relatif à sa propriété, la » part du défunt dans *le fief* doit retourner, *dettes payées*, et être » dévolue au seigneur; et si la terre est *libre* (ou alleu), elle est » dévolue de la même manière au roi [1]. » C'était le droit de retour ou de déshérence partagé entre le seigneur féodal et le roi, seigneur suzerain : ce partage ne devait pas plaire au roi; il était d'ailleurs contraire au droit commun de la France, d'après lequel le droit de *déshérence* des fiefs était un attribut de la haute justice; or la haute justice du comte de Toulouse, dont les anciennes coutumes avaient méconnu les droits, était réunie à la Couronne, et la Couronne devait en ressaisir les prérogatives.

La seigneurie locale était habile quelquefois à faire ainsi prévaloir ses priviléges sur les droits du seigneur suzerain; et spécialement les droits du comte de Toulouse ou de son viguier n'avaient pas toujours été protégés efficacement par la coutume; en voici la preuve encore dans la disposition séservée, qui concernait l'exécution des jugements. Je traduis : « Si quelque citoyen de Toulouse a été condamné par les consuls, par *le* » *Viguier* ou par un autre juge, à payer quelque somme d'argent à un autre citoyen de Toulouse, et que celui, au profit » duquel existe la condamnation, *ait été mis en possession* par » les dits consuls, par le Viguier ou autre juge d'une terre tenue » par le débiteur à titre de fief; et cela *sans le consentement* du » seigneur direct, mais que *postérieurement* le débiteur condamné » ait vendu la terre *avec le consentement du seigneur et ait mis* » *l'acquéreur en possession*, cet acquéreur est préféré dans sa » *possession et propriété du dit fief*, et une telle possession de l'acquéreur prévaut sur les droits de celui qui a été *envoyé en* » *possession* par les consuls, par le viguier ou autre juge [2]. » Et ainsi, il y a deux possessions : l'une, par justice comtale ou consulaire en exécution d'une sentence; l'autre, par vente de mauvaise foi, mais avec la garantie du consentement seigneurial;

[1] Casaveteri, f° 65, au verso, *De feudis*, § 2.
[2] Casaveteri, f° 65, au verso, *De feudis*, § 1.

Digitized by Google

et c'est la seconde qui prévaut! C'est donc la seigneurie locale qui l'emporte sur la justice de la cour du comte et de la cité, dans une coutume, cependant, qui admet le principe que l'aliénation du fief ordinaire n'a pas besoin de l'assentiment du seigneur. — Ou c'était un usage en contradiction avec la coutume générale de Toulouse; ou la disposition se rapportait primitivement aux fiefs de chevaliers, comme le fait présumer l'expression d'*honor* qui pouvait, dans un sens restreint, s'appliquer au fief d'honneur, au fief de chevalerie : dans tous les cas, le roi devait refuser son approbation à une coutume qui faisait prévaloir la volonté du seigneur local sur l'exécution des jugements, car c'était par le respect de la justice surtout que la royauté développait son action civilisatrice et s'assurait l'affection des peuples.

On sait que les seigneurs et les clercs n'ont pas toujours vécu en parfaite harmonie, et que quelquefois les seigneurs, ligués pour défendre leurs intérêts matériels contre l'influence de l'Église ou des ordres religieux, laissaient tomber d'assez dures paroles sur ces fils de serfs et de vilains (*filii servorum*) qui devenaient si puissants dans leurs justices, comme le dit le manifeste des barons en 1247[1]. Eh bien! je trouve dans les Coutumes réservées un exemple très-frappant de cette lutte d'intérêts et de classes, au sujet des donations ou acquisitions de fiefs : les droits absolus des seigneurs y sont mis en opposition, d'une manière saillante, avec l'incapacité des maisons religieuses d'acquérir à titre gratuit ou onéreux, et de posséder définitivement, à titre de propriétaire, des terres féodales.

Voici l'ancienne Coutume :

« Si une donation, un legs, une aliénation est faite par tes-
» tament, par donation à cause de mort ou par un autre acte,
» de quelque fief ou terre tenue féodalement, en faveur d'une
» maison ou d'une personne d'ordre religieux, hospitalier, mo-
» nastique ou d'un autre établissement qui en dépende, le do-
» nataire, légataire ou acquéreur est tenu, d'après la Coutume
» de Toulouse, de vendre, à la réquisition du seigneur direct,
» le dit fief à une personne ou à des personnes laïques, *après*
» *l'an et jour*, à compter du moment où il a commencé de le

[1] Déclaration de l'an 1247. MATHIEU PARIS, *Hist. Angl. major*, t. II, p. 720, édition de Louvain; — et HEVIN sur FRAIN, p. 74.

Digitized by Google

» posséder, et le seigneur doit percevoir, à raison de cette vente » même, ses droits de lods et ventes (*suos pax*). Si cependant » l'établissement religieux, auquel la terre a été donnée, léguée » ou aliénée, veut la retenir par devers lui, alors il doit donner » et payer au seigneur de la terre ou du fief des droits propor- » tionnels à la valeur du dit fief; de plus, il doit constituer et » assigner au seigneur de ce même fief, par acte public, une » *personne laïque* pour feudataire, laquelle soldera et sera tenue » et obligée de solder pendant toute sa vie les *oblies* et les au- » tres droits seigneuriaux; et comme, après sa mort, le fief » faisant réversion au seigneur et étant de suite vendu à une » autre personne laïque produirait encore au seigneur des droits » de lods et ventes, si l'établissement religieux aime mieux re- » tenir à lui le fief ou la terre féodale, alors il donnera et paiera » les droits au dit seigneur, proportionnellement à la valeur du » fonds, et de nouveau il assignera, par acte public, une per- » sonne laïque pour feudataire, et cette personne s'obligera de » payer les *oblies*, les droits de relief ou de succession (*retroac-* » *capita*) et les autres droits seigneuriaux (*alias dominationes*) » pendant toute la durée de sa vie; et après sa mort, même droit » de réversion au seigneur du fief, et mêmes procédés et formes » seront suivis et observés perpétuellement (*in perpetuum*), jus- » qu'à ce que le dit fief ou fonds soit aliéné définitivement par » ceux auxquels il a été donné, légué, vendu ou par leurs suc- » cesseurs, et la vente approuvée par le seigneur [1]. »

Je n'ai trouvé dans aucun monument du moyen âge la situation aussi bien caractérisée, la suprématie du droit seigneurial si opiniâtrément soutenue contre l'incapacité radicale des établissements de mainmorte de recevoir ou d'acquérir des fiefs. Rien ne peut mieux que ce circuit perpétuel de ventes, de reventes, de successions fictives, de droits payés et sans cesse renaissants faire comprendre avec quelle reconnaissance les monastères et les églises ont dû accueillir le *droit d'amortissement*, dont l'institution est attribuée à saint Louis, et qui constituait, près de l'établissement religieux, une seule personne dite *vivante et mourante*, au décès de laquelle le droit d'amortissement étant payé, tant au seigneur direct qu'au roi seigneur suzerain, la propriété se trouvait définitivement acquise à l'éta-

[1] Casaveteri, *De feudis*, fol. 66, 1.

Digitized by Google

blissement donataire et devenait propriété de mainmorte. L'institution de saint Louis était autrement généreuse que celle des constitutions impériales de Frédéric II, en Sicile, de l'an 1231, qui ordonnaient la vente définitive dans l'an et jour, et, à défaut de vente, confisquaient le fief au profit de l'empereur [1]; elle était autrement favorable à l'Église aussi que l'ancienne coutume de Toulouse, qui frappait les personnes religieuses d'une incapacité absolue ou qui leur imposait la représentation perpétuelle et onéreuse de personnes laïques, devant se succéder indéfiniment. — Le petit-fils de saint Louis, en refusant d'approuver cette nécessité de représentation fiscale et perpétuelle et cette incapacité radicale d'acquérir des fiefs, continuait la protection de son aïeul en faveur de l'Église et de son domaine territorial.

J'arrive, en dernier lieu, à l'ORDRE CIVIL.

III. Dans les Coutumes non approuvées se trouvent, comme nous l'avons dit précédemment : 1° l'ancien usage gallo-romain de se vouer avec sa famille, pour le présent et l'avenir, à une servitude personnelle et réelle; 2° le droit absolu d'asile et d'affranchissement en faveur des serfs étrangers qui se réfugiaient à Toulouse. La première disposition, que Philippe le Bel laissait à l'écart, devait être à peu près effacée des mœurs à cette époque du moyen âge; elle formait un droit suranné qui ne pouvait revivre, et que Salvien, dès le Ve siècle, avait dénoncé comme un résultat du malheur des temps, contraire aux principes du christianisme. La seconde, qui était conforme à l'inspiration chrétienne et favorable à l'affranchissement des personnes, persista dans les mœurs et fut toujours, ainsi que nous l'avons démontré, revendiquée et énergiquement soutenue comme un privilége de la Cité. C'est tout ce que contiennent, dans l'ordre purement civil, les Coutumes réservées sur l'état des personnes : les autres dispositions sont relatives aux obligations et aux successions; mais, au sujet des successions et testaments, nous

[1] *Historia diplomatica Friderici secundi*, recueil publié sous les auspices de M. le duc de Luynes (1854), t. IV. V. à la suite de l'ancien recueil : *Novæ Constitutiones regni Siciliæ*, lib. III, tit. 29, *De rebus stabilibus non alienandis ecclesiis*, p. 227 :

« Teneatur *infra annum* alicui de proximis defuncti vel de burgensibus » nostris relicta stabilia vendere; at si *ultra annum* facere prædicta distule- » rit, possessiones ipsas *post anni lapsum Fisci nostri juribus volumus ap- » plicari.* »

Digitized by Google

trouverons des indications précieuses sur la liberté de la femme toulousaine.

Voyons d'abord ce qui concerne les obligations.

Il existait, dans les anciennes Coutumes de Toulouse, un droit appelé *Poderagium :* c'était un privilége réel accordé sur les biens féodaux ou allodiaux à celui des créanciers qui s'était pourvu en temps utile par *bannie* ou *saisine publique*, devant le seigneur, s'il s'agissait de fief ou de censive ; — devant le viguier, s'il s'agissait d'alleux.

Les Coutumes approuvées ont un titre *de poderagiis et bannis*, que Soulatges, par une singulière inexactitude, a complétement omis, mais que rapporte Casaveteri [1]. Le *poderagium* donnait préférence sur les créanciers antérieurs, dont les titres étaient cependant reconnus ; il dérogeait formellement à la règle du Droit romain, *prior tempore potior jure :* le *poderagium*, par bannie du seigneur ou du viguier, attribuait donc à des créanciers privilégiés priorité ou *prépondérance*, selon le sens étymologique, *poderagium a pondere*, donné par les docteurs du moyen âge [2].

Il résulte des articles réservés que, dans l'intérêt de la femme et pour la conservation de sa dot, le viguier de Toulouse (défenseur des faibles) pouvait accorder le *poderagium* sur les biens du tenancier d'un seigneur ; mais ce droit ne produisait ses effets qu'après le privilége que le seigneur avait concédé à des créanciers sur un fief relevant de lui, ou que lui-même avait réservé à son profit sur le bien du feudataire, devenu son débiteur [3]. Le *poderagium* émané du viguier, en faveur de la femme, ne pouvait jamais l'emporter sur celui émané du seigneur. C'est ce privilége seigneurial, excessif et contraire aux intérêts de la femme mariée, qui ne reçut point la sanction royale. La femme

[1] Sur le *Poderagium*, voir Casaveteri, fol. 28, au verso B, *De debitis*, n° 5 ; fol. 41, au verso, *De Poderagiis et Bannis ;* — fol. 64, addit., art. 6 et 7.

La très-ancienne Coutume de Bretagne a un titre des *Bannies* et *appropriances*, qui a quelques rapports avec le titre *De bannis* des Coutumes de Toulouse.

On peut aussi voir François-François, *Coutumes de Toulouse*, VI, p. 519.

[2] François, p. 553, semble vouloir traduire *poderagium* par *potiorité :* le français n'est pas moins étrange que le latin. — *Poderagium a pondere*, dit Casaveteri, fol. 28, d'après Bartole.

[3] Casaveteri, fol. 64, *De poderag. et bannis*, art. 6.

Digitized by Google

obtint donc une garantie plus réelle; le *poderagium*, delivré par le viguier, conserva les droits de la femme à raison de sa dot, et il eut un effet rétroactif au jour du mariage : vue d'équitable protection qui a prévalu dans notre Droit moderne.

Le texte des anciennes Coutumes établit que le *poderagium*, de même que l'hypothèque romaine, pacte prétorien, pouvait porter sur les meubles comme sur les immeubles; et il avait cette autre analogie avec le pacte prétorien d'hypothèque, qu'il créait comme lui un droit réel sans tradition, sans dessaisissement du meuble ou de l'immeuble. Peut-être le pouvoir de créer un droit réel sans tradition (idée contraire, d'ailleurs, aux principes généraux de la jurisprudence romaine), a-t-il été attribué au viguier et au seigneur qui avaient pouvoir public, par une dérivation du pacte prétorien, qui conférait un droit réel parce qu'il émanait du pouvoir ou de la juridiction du préteur : ce qui est certain, c'est que le *poderagium* sur les meubles et les immeubles, malgré des différences notables dans son mode d'établissement et ses effets, avait beaucoup plus de rapport avec l'hypothèque prétorienne qu'avec le *pignus* ou contrat civil de gage, puisque le gage proprement dit était un contrat réel, parfait seulement par la tradition de la chose, et que la tradition n'était exigée ni dans la *formule* hypothécaire du Droit prétorien, ni dans le *poderagium* de Toulouse.— Or, avant 1285 (ainsi que l'attestent les articles réservés), il était d'usage général à Toulouse que le *poderagium* donné par le seigneur local, soit sur les immeubles, soit même sur les meubles, devait toujours prévaloir sur celui donné auparavant par le viguier [1] : on comprend que le roi ne pouvait pas approuver cette infériorité de la bannie du viguier de Toulouse, devenu le sien; et la règle romaine et rationnelle, *qui prior est tempore potior est jure*, a passé, à cet égard, dans la jurisprudence du pays.

Enfin, le roi n'approuve pas l'usage d'après lequel le *poderagium* donné par le viguier, sur les biens meubles ou immeubles, à un étranger et à un citoyen successivement, ne pouvait être suivi de payement ou de vente en faveur de l'étranger, que si le viguier avait d'abord exigé des fidéjusseurs pour répondre de la créance du citoyen [2]. Ce privilége personnel du citoyen

[1] Casaveteri, *De poderag. et bannis*, tit. 6, art. 1, fol. 64 (recto).
[2] *Id.*, fol. 64, au verso, art. 3.

Digitized by Google

de Toulouse, ajouté au privilége réel naissant du *poderagium*, était contraire à la sûreté des obligations contractées envers les personnes étrangères, et avec l'esprit général de la Coutume de Toulouse, favorable aux rapports avec les étrangers : la non-approbation du roi était donc également conforme à l'esprit de la coutume et à l'équité.

Le viguier, comme nous l'avons dit, était le défenseur-né des intérêts de la femme ; c'était une de ses prérogatives. Les anciennes Coutumes, dans le cas où le mari avait encouru par jugement la confiscation de biens, donnaient au viguier la belle attribution de protéger la dot, les biens de la femme, et de lui assurer des moyens d'existence. Après la condamnation, le viguier recueillait l'universalité des biens du mari condamné et de son épouse. Pendant la vie du mari, il assignait à la femme, sur l'ensemble des biens, les revenus convenables à ses besoins, d'après l'avis et la déclaration des consuls (*secundum cognitionem consulum*) ; à la mort du mari, il restituait à la femme la dot et ses autres biens ; mais s'il y avait insuffisance pour ses besoins, il n'ajoutait rien pour subvenir aux nécessités de la veuve. Telle était l'ancienne coutume de Toulouse, qui plaçait à côté de la protection une limite rigoureuse. Elle fut désapprouvée par le roi, non sans doute à cause de son esprit de protection et de défense, mais soit à raison de l'intervention des consuls dans la détermination des besoins de la femme, soit à cause de la rigueur même de la décision contre la veuve, dans le cas où ses biens personnels étaient insuffisants pour elle et ses enfants [1]. L'humanité du roi de France a voulu se réserver la faculté de concilier les rigueurs de la confiscation des biens avec la situation de la veuve et de sa famille : c'était une branche du droit de grâce qui a toujours été considérée par nos rois comme un des plus beaux attributs de la couronne.

Il me reste à parler du droit de la femme, relativement à la disposition de ses biens, et de l'effet général des testaments ou de l'institution d'héritier (art. 9, 10, 11).

Les Coutumes non approuvées contiennent sur les testaments un droit extraordinaire, et dont il est difficile de se rendre compte à l'égard de la femme.

[1] Casaveteri, fol. 64, au verso, tit. 8, *De necessariis uxorum et viduarum.*

Digitized by Google

« L'usage et la Coutume de Toulouse sont, dit l'article 9 *De* » *testamentis*, que la femme n'est pas tenue, dans son testament » ou son acte de dernière volonté, d'*instituer héritiers* ses fils » ou filles, ou quelques-uns d'eux; elle peut même, si elle le » veut, *ne rien léguer à aucun de ses enfants.* »

D'où peut venir cette disposition si étrange et si contraire, en apparence, au sentiment naturel de la mère?

Dans les anciennes Coutumes de Toulouse, la femme a une grande liberté. Fille mariée et dotée par son père, elle est émancipée de la puissance paternelle; veuve, elle peut faire de sa dot ce qu'il lui plaît, et la donner à un second mari; elle peut librement tester du vivant de son père : c'est le droit reconnu par les Coutumes approuvées. Mais jusqu'à l'année 1285, cette liberté paraissait, en outre, s'étendre jusqu'au droit de manquer à ses devoirs de mère de famille, de donner par testament ou sans testament tous ses biens à des étrangers, de déshériter ainsi ses enfants, sans cause et tacitement, droit aussi absolu que celui du citoyen romain dans les premiers temps de la loi des Douze Tables. En cherchant l'interprétation la plus favorable, je dirai que, sans doute, la très-ancienne Coutume de Toulouse ne reconnaissait à la femme ce droit illimité que parce qu'elle présumait que la mère de famille ne saurait en abuser. La piété maternelle lui paraissait un obstacle suffisant contre les dangers de la liberté illimitée de donner ou de tester; et cette confiance que la loi des Douze Tables accordait au citoyen qui testait dans les Comices, la Coutume de Toulouse l'accordait à la mère de famille placée au foyer domestique auprès de son père ou de son époux. La Coutume supposait généreusement que, livrée à l'inspiration de son cœur ou à l'influence des conseils de son époux ou de ses parents, elle ne ferait qu'un partage équitable ou une sage disposition de ses biens. — Mais ce sont là des coutumes primitives qui ne font pas suffisamment la part des passions humaines : aussi le Droit civil de Rome avait dû, même sous la république, opposer une barrière à la volonté absolue du père de famille, en exigeant d'abord l'exhérédation expresse, en infirmant ensuite l'exhérédation expresse par la plainte d'inofficiosité[1]. Au moyen

[1] Cic., *De orat.*, 1, 38. — Cic., *In Verrem*, 1, 42. — Mon tome Ier, p. 245 et suiv.

Digitized by Google

âge, à la fin du XIIIe siècle, il devait paraître prudent de ne pas laisser à la mère de famille une liberté absolue; et la non-approbation de la Coutume par le roi de France, en 1285, était une barrière posée par la raison et le droit, barrière tardive sans doute, mais qui indiquait un devoir pour l'avenir.

Le père de famille, dans les anciennes Coutumes de Toulouse, n'avait pas la même liberté que la mère. Voici ce que portent à cet égard les Coutumes réservées : « Tout homme doit » *instituer héritiers* son fils ou sa fille dans son testament, ou il » doit leur donner quelque chose par le dit testament, savoir : » *cinq sous* toulousains ou plus; autrement son testament n'est » pas valable contre son fils ou sa fille, à moins que le fils n'ait » été émancipé par donation pour cause de mariage, ou la fille » mariée et dotée par son père [1].

» Mais si le père a laissé à son fils ou à sa fille non mariée » *cinq sous* toulousains, ou leur valeur, ou cent sous ou mille » sous, et qu'il plaise au testateur, par droit d'institution ou » d'apportionnement (*jure institutionis vel apparciamenti*), d'in- » stituer une personne étrangère ou non étrangère dans ses au- » tres biens, la fille ou le fils ne peut venir contre le testament » du père, à *raison de sa légitime portion*, et ne peut contester » en rien, ni avoir recours sur les biens paternels, à moins que » le père n'eût ailleurs d'autres biens et qu'il n'eût précédem- » ment laissé ces autres biens à ses enfants [2]. »

On voit dans ces dispositions trois choses importantes :

1° Que le père de famille, à Toulouse, ne pouvait point passer ses enfants sous silence, comme c'était permis au citoyen romain dans les premiers temps de la loi des Douze Tables, et à la femme toulousaine dans les anciennes coutumes;

2° Qu'il devait les instituer héritiers, ou leur faire le legs de cinq sous pour attester du moins, selon le principe de l'exhérédation expresse de la seconde époque romaine, qu'il avait *pensé à ses enfants*, mais que sa volonté dernière était de les priver réellement de sa succession : le legs de cinq sous était la forme de l'exhérédation expresse, employée dans l'ancien usage de Toulouse;

3° Que la Coutume, dans ses analogies avec la jurisprudence

[1] Casaveteri, fol. 65, au verso, *De heredibus instituendis*, art, 11.
[2] Casaveteri, fol. 65, au recto, *De testamentis*, art. 10.

Digitized by Google

romaine, s'arrêtait à ce point où la puissance paternelle se manifestait par l'exhérédation expresse, et qu'elle n'admettait ni la plainte d'inofficiosité, par suite de laquelle le tribunal des Centumvirs, à Rome, brisait le testament injuste qui avait, contre le devoir de la piété paternelle, déshérité un fils qui ne l'avait pas mérité [1]; ni l'action en supplément de légitime, admise par le Droit prétorien et le Droit de Justinien, et qui a pris, depuis l'École des glossateurs, une si grande place dans la jurisprudence des pays de Droit écrit.

C'est donc le vieux droit civil de Rome, et le plus rigoureux, le plus conforme à l'absolu de la puissance paternelle, qui figurait ou qui avait des dispositions analogues dans les anciennes coutumes de Toulouse, sur le droit d'exhérédation des enfants. — Mais au milieu de ces analogies se produisait cette différence essentielle : c'est que la mère de famille, dans l'exercice de ce pouvoir, avait plus de liberté, plus de pouvoir encore que le père; c'est que la mère de famille *alieni juris*, privée du droit de tester, incapable, et, pour ainsi dire, annihilée dans les mœurs de l'ancienne Rome, était dans les mœurs toulousaines, *sui juris*, capable de tester et investie du droit d'exhérédation, même tacite! — Là, certainement ne se trouve pas une tradition, une origine romaine! C'est, au contraire, le trait caractéristique d'une autre origine, d'une autre nationalité. Je ne voudrais point passer pour un monomane des *origines celtiques* : mais je ne puis cependant oublier, à ce propos, que les anciens Gaulois qui, après tout, forment une couche étendue et profonde dans notre géologie morale et coutumière, avaient dans leurs femmes une confiance extrême. On sait, Plutarque nous l'apprend, que lorsqu'un grand capitaine traversa le midi des Gaules pour ce premier et prodigieux passage des Alpes, il fut convenu, dans le traité fait avec les naturels du pays, que si les Carthaginois avaient à se plaindre des habitants, les sujets de plainte *seraient jugés par les femmes gauloises* [2]; on sait aussi qu'à l'époque moins reculée où les Gallo-Romains aspiraient à ressaisir leur indépendance nationale, la cause de l'indépendance gallique était représentée par une femme inspirée. N'allons donc pas

[1] La formule était : PARUM SANÆ MENTIS FUISSE TESTATOREM, CUM TESTAMENTUM ORDINARET, QUOD IMMERENTEM CONTRA OFFICIUM PIETATIS EXHEREDASSET. — Brisson, *De formulis*, lib. V, form. 37; mon tome Ier, p. 248.

[2] V. mon tome II, p. 75.

Digitized by Google

toujours chercher au dehors des origines qui peuvent tenir à la vieille souche du pays et de ses premiers habitants. La puissance du père de famille était un trait commun entre les Romains et les Gaulois; la liberté de la femme, la puissance de la mère de famille était un trait de mœurs étranger à la femme romaine des anciens temps, et propre à la femme de certaines tribus gauloises. Les anciennes Coutumes de Toulouse peuvent donc avoir conservé au moyen âge et transmis, avec la liberté illimitée de la mère de famille, une tradition antique du sol natal.

Or ces caractères de Coutumes primitives et indépendantes, je ne les trouve pas seulement dans le droit de la femme, mais aussi dans le droit des fils à l'égard de leurs père et mère : « Quiconque n'a pas d'*enfants* (dit l'article 10 des Coutumes ré- » servées) peut, par testament, léguer tous ses biens libres » (*bona sua non conditionata*) à qui il lui plaît, sans institution » d'héritier, et un tel testament obtient toute sa force et sa » valeur [1]. »

Et ainsi cette grande loi romaine, conforme au respect envers les parents et si profondément sociale, qui ne permet pas que le fils oublie son père dans son testament, et qui donnait au père le droit de revenir, par plainte d'inofficiosité, contre le testament opposé à la piété filiale, même contre le testament militaire, *jure peculii*, n'avait laissé aucune empreinte dans les anciennes Coutumes de Toulouse. De même, la plainte d'inofficiosité, que le droit prétorien et les constitutions impériales avaient transportée de Rome dans les provinces, en faveur des frères dépouillés par des personnes de vile condition, était restée étrangère aux coutumes toulousaines. Cet oubli du père et des frères, ou cet abandon de la loi du sang, qui était sacrifiée à la libre volonté des fils, à l'injustice, à l'emportement des passions du frère, révèle les anciennes traditions, l'indépendance native des *Tectosages*, la plus indépendante, peut-être, et la plus fougueuse des tribus gauloises. — Certes, le pouvoir royal, favorable en France à la constitution forte de la famille, à la conservation des patrimoines et à leur transmission héréditaire, ne pouvait pas approuver, à la fin XIIIe siècle, cet arbitraire de la volonté humaine qui se mettait au-dessus des devoirs de la famille.

Telles sont dans leur ensemble les Coutumes non approuvées

[1] Casaveteri, fol. 65, au recto, *De testamentis*, § 2, art. 10.

Digitized by Google

par le roi. On voit combien elles sont précieuses pour faire connaître tous les caractères du Droit toulousain au moyen âge, et pour indiquer en même temps dans quel esprit les rois de France abordaient la réforme des Coutumes locales.

Philippe-Auguste et saint Louis avaient commencé un grand travail de réforme et de civilisation, par l'enseignement du Droit romain dans les Écoles, par la propagation des textes de Bologne, la traduction en langue vulgaire du Code et des Institutes de Justinien, l'introduction progressive de leurs principes dans les usages du pays. Philippe le Bel qui, plus tard, apportera un concours si énergique aux vues de ses ancêtres, en rendant sédentaires les parlements de Paris et de Toulouse, a marqué, dès la première année de son règne, le but de ses réformes, en faisant un choix, un triage habile dans les anciennes Coutumes de la plus importante cité du Midi. — Le choix des dispositions confirmées laissait intactes dans le respect des peuples la plupart des Coutumes du pays; les conseillers du roi avaient montré même trop de condescendance pour des pratiques abusives, et l'*arrestum* SANE fut un prompt remède à l'approbation inconsidérée des dispositions sur les tutelles et curatelles. — Le rejet de certaines dispositions, non approuvées sous la formule *non placet, deliberabimus*, laissait à l'écart d'anciens usages qui avaient eu leur raison d'être, leur principe de vie, mais qui se trouvaient opposés aux vrais intérêts de la cité, de la propriété, de la famille, dans leur rapport avec le progrès de l'État et de la société civile. L'improbation du roi avait frappé juste; car les dispotitions non approuvées disparurent de la jurisprudence municipale, féodale et civile de Toulouse : une seule survécut dans les mœurs, celle sur l'affranchissement absolu des serfs étrangers, dont le pied avait touché le sol toulousain; et celle-là mit en relief la noble constance des consuls et du Parlement à défendre les priviléges du pays.

Ces articles réservés (dont nous vous avons exactement rendu compte) forment l'appendice nécessaire et instructif des Coutumes approuvées; ils caractérisent fortement, jusqu'en 1285, les anciennes Coutumes de Toulouse, qui recèlent, dans leur ensemble, tant d'éléments mixtes et traditionnels de vieux droit romain et de mœurs galliques, de franchises municipales et de condition servile, de justice consulaire et de droit féodal, de

Digitized by Google

liberté abusive et de vraie liberté. Après l'exposition, trop développée peut-être, des Coutumes approuvées et vivaces, les articles réservés et vieillis m'ont paru dignes d'une étude spéciale; ils présentent un des côtés les plus curieux du Droit au moyen âge, et marquent fortement le caractère de cette intervention royale qui a commencé, avec le XIIIe siècle, à porter la réforme dans les Coutumes de France. F. LAFERRIÈRE.

DES CONSÉQUENCES DU DÉFAUT DE MENTION

PRESCRITE PAR L'ARTICLE 4 DE LA LOI DU 23 MARS 1855 SUR LA TRANSCRIPTION. — RÉFUTATION DE L'OPINION DE M. DUVERGIER.

Par M. Rivière, avocat, docteur en droit.

Aux termes de l'article 4 de la loi du 23 mars 1855, quand un jugement prononce la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit, ce jugement doit dans le mois, à dater du jour où il a acquis l'autorité de la chose jugée, être mentionné en marge de la transcription faite sur le registre.

Nous ne parlerons pas ici des règles qui ont trait à l'accomplissement de cette formalité : nous avons donné sur ce point des détails dans notre commentaire de la loi sur la transcription en matière hypothécaire [1]. Nous voulons seulement constater les conséquences résultant de ce que la mention prescrite par la loi n'aurait pas été opérée.

D'après la doctrine que nous avons enseignée [2], le défaut de mention n'est pas opposable au bénéficiaire du jugement. L'avoué qui a omis de faire remplir cette formalité est seulement passible d'une amende de 100 francs, suivant le second alinéa de l'article 4 de la loi précitée, sans être exposé à aucun recours en dommages-intérêts de la part des tiers qui auraient de bonne foi contracté avec le propriétaire dépossédé, après le mois à dater du jour où le jugement prononçant la résolution, nullité ou

[1] *Explication de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, par H. F. Rivière et Auguste François.

[2] *Loco citato.*

Digitized by Google

rescision, a acquis l'autorité de la chose jugée. (V. nos explications sous l'art. 4, nos 63-65, 70.)

Depuis la publication de notre travail, M. Duvergier a, dans ses annotations, émis une opinion diamétralement opposée à la nôtre; et, tout en déclarant qu'il lui reste beaucoup de doutes, voici comment ce savant auteur s'exprime : « Qu'on ait substitué une simple mention à la transcription, très-bien; mais que celui qui a négligé de faire faire la mention soit à l'abri de toute inquiétude, et qu'il puisse exercer les droits résultant du jugement contre les tiers de bonne foi qui ont traité dans l'ignorance de ces droits, c'est ce qui ne se comprend pas, et ce qui n'est pas certainement en harmonie avec l'esprit général de la loi nouvelle. La raison donnée par M. le rapporteur, que les jugements dont parle l'article ne sont pas translatifs de propriété, est inexacte en droit et indifférente en fait. Certainement le vendeur qui fait résoudre la vente pour défaut de payement du prix acquiert la propriété qu'il avait transmise à l'acheteur et qui a temporairement résidé dans la main de celui-ci; la vente n'est pas nulle *ab initio*; le jugement est donc réellement translatif de propriété. D'ailleurs, qu'importe qu'il y ait ou non transmission de propriété? La loi nouvelle a voulu donner, autant que possible, de la publicité à tous les actes, à tous les événements que les tiers ont intérêt à connaître, lorsqu'il s'agit pour eux d'acquérir un immeuble ou des droits réels sur cet immeuble. Si, après une vente transcrite et qui a transmis la propriété à l'acheteur, les tiers à qui cet acheteur présente cet immeuble comme le sien, soit pour le leur revendre, soit pour le leur hypothéquer, ne sont pas avertis qu'un jugement a résolu la vente, ils pourront être trompés de la manière la plus grave. Je pense donc que le défaut de mention peut être opposé par les tiers. Sans doute, il y a une sanction dans la peine prononcée contre l'officier ministériel; mais l'amende de 100 francs n'empêchera pas que les tiers ne soient lésés. Ils auraient peut-être même une action en dommages-intérêts contre l'avoué, mais cette action peut être illusoire. Dans tous les cas, il me semble plus conforme à la pensée qui a présidé à toute la loi de faire de la mention du jugement une nécessité à l'égard des tiers, sauf à laisser se débattre entre l'avoué et celui pour qui il a occupé la question de responsabilité pour défaut de mention. » (*Collect. compl. des lois, etc.*, année 1855, 3e cahier, p. 67.)

Digitized by Google

Ainsi, nous soutenons que le bénéficiaire doit être réintégré, quoique la mention du jugement n'ait pas été faite dans le délai fixé par la loi, et qu'il doit l'être au préjudice des tiers à qui l'acquéreur a concédé des droits après ce délai. M. Duvergier décide au contraire que ces tiers pourront se prévaloir du défaut de mention pour conserver leurs droits. Nous n'accordons aucun recours contre l'avoué aux tiers lésés. L'auteur avec lequel nous sommes en dissentiment rend cet officier ministériel passible de dommages-intérêts au profit du bénéficiaire son client, qui se trouve privé des avantages du jugement par suite de l'interprétation que M. Duvergier donne de la loi.

Il est très-important, soit au point de vue de l'intérêt des tiers, soit sous le rapport de la responsabilité des avoués, de savoir quelles sont les solutions qui doivent être préférées. Une autorité aussi grave que celle de M. Duvergier, malgré les doutes qui semblent exister dans son esprit, peut exercer une grande influence sur la solution de ces questions, que l'on ne tardera peut-être pas à voir surgir devant les tribunaux [1]. C'est ce qui nous a déterminé à déduire ici les principaux motifs qui militent en faveur de notre opinion.

Les rédacteurs de la loi du 23 mars 1855 auraient pu, jusqu'à un certain point, consacrer par leurs dispositions le système adopté par M. Duvergier. Il semble, au premier aperçu, qu'il soit une conséquence du principe de publicité qui plane au-dessus de plusieurs règles de cette loi. Mais, à côté de l'intérêt des tiers, les législateurs ont rencontré des droits qu'ils n'ont pas voulu sacrifier. Ils ont vu que celui qui obtient le jugement de résolution, nullité ou rescision, avait un droit préexistant, que ce jugement se bornait à déclarer ou reconnaître. Ils ont pensé qu'il n'y avait pas dans l'espèce une mutation à proprement parler; et cela seul a suffi, non-seulement pour ne pas exiger la transcription comme formalité, mais encore pour n'apporter au défaut de mention d'autre sanction que l'amende de 100 francs contre l'officier ministériel.

Le texte de l'article 4 de la loi démontre bien par son silence que telle a été la volonté du législateur. Après avoir ordonné dans le premier alinéa la formalité de la mention, le second alinéa prononce seulement l'amende contre l'avoué qui ne l'a

[1] On sait que la loi du 23 mars est exécutoire à partir du 1er janvier 1856

Digitized by Google

pas fait opérer. Mais là se bornent les prescriptions de cet article. La loi n'ajoute pas, par une disposition semblable à celle qui existe au sujet de la transcription, que les tiers qui ont obtenu des droits les auront acquis irrévocablement, lorsqu'ils auront traité après le délai prescrit pour opérer la mention.

Afin de changer le droit existant sur plusieurs autres points, il a fallu des dispositions précises et formelles dans la loi nouvelle. Or, pour modifier d'une manière aussi profonde les principes sur les droits de résolution, nullité ou rescision, un texte non moins précis, non moins formel était nécessaire, indispensable. Nous le cherchons en vain dans tous les articles de la loi du 23 mars.

Il ne suffit pas, pour établir une règle si contraire au droit antérieur, de dire que la loi nouvelle a voulu donner, autant que possible, de la publicité à tous les actes, à tous les événements que les tiers ont intérêt à connaître, lorsqu'ils veulent acquérir un immeuble ou des droits réels sur cet immeuble. Combien d'actes ou d'événements le législateur de 1855 n'a-t-il pas laissés en dehors de la publicité, précisément parce qu'il ne voulait pas porter atteinte à des principes du Code Napoléon, qu'il lui paraissait utile de respecter! Eh bien! celui qui concerne l'effet des droits de résolution, nullité ou rescision, est de ce nombre. Le texte seul de l'article 4 en est une preuve certaine.

Si la disposition littérale de cet article ne suffisait pas pour déterminer une entière conviction, qu'on veuille bien se reporter aux sources mêmes de la loi, et nous sommes persuadé que le plus léger doute devra disparaître. On lit, en effet, ce qui suit dans l'exposé des motifs sur l'article 4 : « La mesure imposée par cet article est un avertissement utile à donner aux tiers que la transcription d'un acte pourrait tromper sur son existence. Cependant, COMME AUCUN PÉRIL NE MENACE LE BÉNÉFICIAIRE DU JUGEMENT, il fallait assurer l'exécution de la mesure par une pénalité contre l'officier ministériel qui négligerait de donner cette publicité. »

On le voit, que la mention soit ou non faite, que la publicité prescrite dans l'intérêt des tiers ait ou non été donnée, aucun danger n'existe pour celui qui a obtenu le jugement prononçant la résolution, nullité ou rescision. Il conserve dans toute l'hypothèse les avantages du jugement, et le droit d'agir contre les

Digitized by Google

tiers détenteurs ou autres en vertu du principe *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Ce droit, il l'avait avant le jugement, et les rédacteurs de la loi ont pensé qu'il ne devait pas lui être ravi après le jugement rendu.

Dès que le bénéficiaire n'a rien à craindre, dès qu'il est certain de recouvrer ses droits en toute occurrence, il n'aura aucun intérêt à faire remplir la formalité. Aussi a-t-on imposé cette obligation à l'avoué, en édictant contre lui une pénalité.

Il nous semble que ce passage de l'exposé des motifs, rapproché du texte de la loi, prouve d'une manière irréfragable que si le législateur s'est borné à prononcer une amende contre l'avoué qui a négligé de faire opérer la mention, s'il n'a pas dit par un texte positif que les tiers pourront invoquer le défaut de mention, c'est qu'il a eu la volonté bien arrêtée de leur refuser cette faculté.

Quand on ne peut pas argumenter des textes, quand on se prévaut de l'esprit général d'une loi, il ne faut pas que l'intention contraire résulte des sources de la loi, des paroles du législateur lui-même.

M. le rapporteur de Belleyme avait dit : « Les jugements prononçant la résolution, nullité ou rescision d'actes transcrits ne sont pas soumis à l'obligation absolue d'une nouvelle transcription, parce qu'ils ne sont pas translatifs de propriété. » M. Duvergier prétend, au contraire, qu'ils emportent transmission de propriété. Nous n'insisterons pas sur cette doctrine, parce que nous pensons que ces preuves que nous venons de donner au soutien de notre thèse sont suffisantes. La concession que nous ferions même sur ce point ne serait pas de nature à faire changer la solution [1]. Nous nous bornerons seulement à faire observer que la jurisprudence de la Cour de cassation est contraire à l'opinion de cet estimable auteur. Nous lisons ce qui suit dans un des arrêts rendus par cette Cour : « Attendu que les actes ou jugements qui opèrent une mutation de propriété sont seuls assujettis à la formalité de la transcription ; — qu'il suit de là qu'un jugement qui prononce en faveur du vendeur la résolution d'une vente d'immeubles faute de payement du prix, n'est point sujet à la transcription, *parce que ce jugement n'opère en faveur*

[1] M. Duvergier semble le reconnaître lui-même lorsqu'il dit : « Qu'importe qu'il y ait ou non transmission de propriété ? »

Digitized by Google

du vendeur aucune translation de propriété, ET NE FAIT QUE LE RÉTABLIR DANS LES DROITS DE PROPRIÉTÉ QUI LUI APPARTENAIENT AVANT LA VENTE RÉSOLUE. » (Cass. 26 août 1839; S. D., 1839, 1, 770.)

Cette jurisprudence de la Cour suprême n'a sans doute pas été sans influence sur l'esprit du législateur, lorsqu'il a rédigé les dispositions de l'article 4 de la loi du 23 mars 1855.

La première question que nous venons de résoudre a des rapports assez intimes avec la seconde question ci-dessus posée. Si le bénéficiaire du jugement était privé de ses droits, faute de la mention opérée par l'avoué; si, par conséquent, c'était à l'égard de ce bénéficiaire qu'on examinât la responsabilité de l'officier ministériel, on pourrait peut-être invoquer de bonnes raisons pour faire triompher contre lui l'action en dommages-intérêts. L'avoué, en effet, qui a occupé, qui est le mandataire du demandeur, et qui n'a pas rempli les formalités que la loi lui imposait dans l'intérêt de son client, serait sans doute rendu responsable des conséquences de sa faute, de sa négligence. Mais, dans notre système, ce ne serait qu'en faveur des tiers qui ont acquis des droits après le mois à partir du jour où le jugement a pris l'autorité de la chose jugée, que des dommages-intérêts pourraient être accordés par les tribunaux. Or l'avoué n'est pas leur mandataire. Les tiers ne pourraient donc pas agir contre lui en vertu des principes du mandat. Il est vrai que l'avoué est en faute; mais comme la loi ne parle que d'une amende de 100 francs, et ne réserve pas par une disposition expresse l'action en dommages-intérêts en faveur des tiers, nous pensons qu'il ne peut être tenu vis-à-vis d'eux. Une autre solution nous paraîtrait bien rigoureuse.

H. F. RIVIÈRE.

Digitized by Google

DES CONFLITS.

Par M. Reverchon, avocat au conseil d'État et à la Cour de cassation.

(Notre collaborateur M. Reverchon nous communique la première partie d'un article sur les *conflits* qu'il destine au *Dictionnaire de l'administration française*. Nous nous empressons de publier ce travail.)

« Dans la langue du droit administratif, le mot *conflit* désigne » la difficulté qui résulte de ce que l'autorité judiciaire et l'au- » torité administrative déclarent respectivement, soit leur com- » pétence, soit leur incompétence, pour connaître d'une même » affaire. Dans le premier cas, le conflit prend le titre de *conflit* » *positif d'attributions ;* dans le second cas, celui de *conflit né-* » *gatif d'attributions* [1]. »

Il ne faut pas, du reste, confondre le conflit *d'attributions* et le conflit *de juridiction*. Il y a conflit de juridiction lorsque deux autorités du même ordre, c'est-à-dire appartenant l'une et l'autre au pouvoir administratif ou au pouvoir judiciaire, prétendent également connaître ou refusent également de connaître d'une affaire donnée : ce conflit est alors vidé par l'autorité hiérarchique supérieure dans la sphère administrative ou judiciaire, selon les règles établies par les lois, et que nous n'avons point à exposer ici. Le conflit d'attributions, positif ou négatif, n'existe, ne se produit qu'entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire : il suppose d'ailleurs et exige, indépendamment de cette première circonstance, certaines conditions générales, que nous aurons à indiquer.

[1] Nous empruntons cette définition à M. Boulatignier, auteur de l'article consacré aux *Conflits* dans le *Dictionnaire général d'administration*. Nous aurons plus d'une fois l'occasion de nous servir, de nous appuyer de cet article, qui date de 1847 ; il est si exact et déjà si riche, qu'il semble rendre inutile, autant qu'elle est périlleuse, la tentative de traiter la même matière après un travail dans lequel se retrouvent au plus haut degré la sagacité et la science approfondie qui caractérisent son auteur, et il ne peut que faire désirer vivement la prochaine publication de l'ouvrage complet dont il contient la substance.

Digitized by Google

SECTION I.

Notions historiques et préliminaires.

1. Lorsqu'elle eut à s'occuper de l'organisation judiciaire, l'Assemblée constituante fut surtout dominée, en présence des faits contemporains, par la crainte de donner à la magistrature nouvelle une autorité et des attributions qui permissent à celle-ci de reconstituer ou de ressusciter tôt ou tard les grands corps judiciaires de l'ancienne monarchie. Aussi la loi des 16-24 août 1790, en posant, dans son titre II, les bases fondamentales de cette organisation, eut-elle soin de décréter que les tribunaux ne pourraient prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des lois (art. 10); qu'ils seraient tenus de faire transcrire purement et simplement dans un registre particulier, et de publier dans la huitaine, les lois qui leur seraient envoyées (art. 11); qu'ils ne pourraient point faire de règlements (art. 12); qu'enfin les fonctions judiciaires seraient distinctes et demeureraient toujours séparées des fonctions administratives, et que les juges ne pourraient, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce fût, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions (art. 13).

On le voit, il n'est pas un de ces principes qui ne réponde à un abus de ce passé que l'Assemblée constituante venait modifier ou détruire; il n'en est pas un qui n'ait avant tout, un sens et une explication historique. Ce fait considérable a été quelquefois perdu de vue : la jurisprudence a quelquefois donné une interprétation trop extensive à des règles qui n'avaient peut-être pas, aux yeux de l'Assemblée constituante, toute la portée pratique que cette jurisprudence en a fait sortir. Cependant, en elles-mêmes, ces règles échappent à toute critique sérieuse : elles ont traversé toutes nos révolutions sans en être ébranlées; elles ont même été plus d'une fois rajeunies et consolidées par les constitutions diverses qui se sont si souvent succédé dans notre pays. La loi du 16 fructidor an III (2 septembre 1795) par exemple, postérieure de quelques jours à la constitution du 5 du même mois, a fait *itératives défenses aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque es-*

Digitized by Google

pèce qu'ils fussent, et, bien que cette loi ait eu surtout pour objet de contenir la réaction à laquelle les actes et arrêtés émanés des représentants du peuple en mission donnaient lieu de toutes parts, dans les derniers temps de l'existence de la Convention, bien qu'elle s'appliquât principalement, d'après son texte même, *aux procédures et jugements intervenus sur les plaintes relatives à ces actes ou arrêtés*, elle n'en est pas moins regardée comme ayant, en tant que de besoin, imprimé une sanction nouvelle au principe de l'article 13 du titre II de la loi de 1790. De même, la constitution de 1848, dans son article 19, rappelait que *la séparation des pouvoirs est la première condition d'un gouvernement libre :* sans doute la pensée de ses auteurs se portait, avant tout, sur le côté purement politique de cette séparation; mais il n'est pas permis de douter que, même à ce point de vue, ils ne considérassent l'indépendance de l'administration vis-à-vis du pouvoir judiciaire comme devant continuer, dans de justes limites, à former l'une des bases essentielles du droit public qu'ils proclamaient. La même maxime ne se retrouve pas, il est vrai, dans la constitution de 1852, qui ne s'est pas préoccupée au même degré des conditions d'un gouvernement libre; mais, par là même, le principe subsiste, fortifié et étendu au profit de l'autorité administrative.

2. Toutefois, il faut bien reconnaître que, si nettement qu'elle soit tracée en théorie, la ligne de démarcation peut souvent, en fait, n'être pas aperçue ou n'être pas suffisamment respectée. Peu de questions sont plus délicates, on le sait, que les questions de compétence; de plus, c'est une tendance naturelle à tous les corps de travailler, même instinctivement, à élargir le cercle de leurs attributions. Des empiétements sont donc possibles; le pouvoir judiciaire peut s'arroger quelquefois la connaissance de questions administratives; telle peut être, du moins, la crainte ou la prétention du pouvoir administratif. A qui dans ce cas appartient-il et d'après quelles règles convient-il de trancher la difficulté, de rétablir l'équilibre troublé et de faire à chacun sa part?

Aux yeux de l'Assemblée constituante elle-même, ce pouvoir rentrait dans les attributions de l'autorité royale; elle eut l'occasion d'exprimer sa pensée à cet égard par une loi des 7-14 octobre 1790, dans laquelle on lit ce qui suit :

« Sur les contestations survenues en plusieurs lieux, et no-

Digitized by Google

» tamment entre le directoire du département de la Haute-Saône
» et la municipalité de Gray, l'Assemblée nationale, après
» avoir entendu le rapport de son comité de constitution, dé-
» crète :

» 1° . . . . . 3° Les réclamations d'incompétence à l'é-
» gard des corps administratifs ne sont, en aucun cas, du res-
» sort des tribunaux; elles seront portées au roi, chef de l'ad-
» ministration générale; et, dans le cas où l'on prétendrait que
» les ministres de Sa Majesté auraient fait rendre une décision
» contraire aux lois, les plaintes seront adressées au Corps lé-
» gislatif. »

3. Mais il ne suffisait pas de poser le principe, il fallait l'organiser. Or, soit que le temps ait manqué pour se livrer à ce travail au milieu de toutes les vicissitudes par lesquelles ont passé nos institutions, soit que le défaut de règles précises ait paru plus commode, de longues années se sont écoulées sans que rien ait été tenté dans cette voie. Du reste, sur ce point à la fois historique et législatif, nous ne saurions mieux faire que de reproduire quelques passages de l'intéressant rapport que M. de Cormenin a fait à la commission qui fut chargée de préparer l'ordonnance réglementaire du 1er juin 1828 [1].

Après avoir sommairement retracé les règles de l'ancien droit et celles qui furent posées par l'Assemblée constituante, M. de Cormenin continue ainsi :

« Mais l'Assemblée constituante n'eut pas le temps de régler le mode, les cas et les limites du conflit, et elle fut entraînée elle-même avec la monarchie dans le gouffre de la révolution.— La Convention en sortit : elle regarda autour de soi, et, se trouvant seule, elle réunit dans son faisceau de dictateur tous les pouvoirs du législateur, de l'administrateur et du juge. Elle annulait des jugements, soit par voie de référé, soit sur les propositions de ses comités, soit par l'organe de ses représentants. C'est ce qui résulte des décrets législatifs des 21 prairial an II, 15 pluviôse et 1er fructidor an III, et d'une foule d'autres. Alors le pouvoir administratif changea d'objet, et, devenu un instrument politique, il força l'asile des tribunaux, et s'étendit,

[1] Ce rapport a été publié en 1828 par M. Taillandier, secrétaire de la commission, dans son Commentaire sur l'ordonnance de 1828. Il a été, depuis lors, inséré dans la nouvelle édition du *Répertoire* de M. Dalloz, v° *Conflit*, p. 105.

Digitized by Google

sans terme comme sans mesure, sur les choses et sur les personnes.— Alors parut la fameuse loi du 16 fructidor an III, qui porte : « La Convention décrète qu'elle annule toutes procédures » et jugements intervenus dans les tribunaux judiciaires contre les » membres des corps administratifs et comités de surveillance, » sur réclamations d'objets saisis, de taxes révolutionnaires et » d'autres actes d'administration émanés desdites autorités pour » l'exécution des lois et arrêtés des représentants du peuple en » mission, ou sur répétition des sommes et effets versés au trésor » public. Défenses itératives sont faites aux tribunaux de con- » naître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils » soient, aux peines de droit, etc. » — Bientôt la Constitution de l'an III (fructidor, art. 21) [1] mit le règlement des conflits dans les mains du Directoire, qui devait en référer, s'il en était besoin, au Corps législatif. Mais ce référé n'étant que de pure faculté, le Directoire, comme on se l'imagine bien, en usait sobrement. — Sous le règne agité de cette oligarchie, les conflits furent un moyen de gouvernement aussi bien qu'un règlement de compétence..... »

Ici l'auteur présente le tableau de la jurisprudence résultant des arrêtés du Directoire en matière de conflits; mais nous ne pouvons le suivre dans cet exposé historique, dont l'intérêt pratique est désormais presque effacé. Reprenant ensuite le cours de ses développements, il ajoute :

« La Constitution de l'an VIII ne mit pas fin à ce désordre des compétences. L'article 52 chargea bien le conseil d'État de résoudre les difficultés qui s'élevaient en matière administrative; mais on n'indiqua pas nettement le pouvoir qui devait régler les conflits entre les autorités administrative et judiciaire..... C'est ce qu'un simple règlement d'organisation intérieure décida. L'article 11 de ce règlement, en date du 5 nivôse an VIII, établit que le conseil d'État prononcerait sur les conflits qui

[1] Ce n'est pas la Constitution de l'an III (5 fructidor), c'est une loi du 21 fructidor an III, relative *aux fonctions des corps administratifs et municipaux*, qui contient la disposition à laquelle M. de Cormenin fait allusion. L'article 27 de cette loi portait : « En cas de conflit d'attributions entre les » autorités judiciaires et administratives, il sera sursis jusqu'à décision du » ministre, confirmée par le Directoire exécutif, qui en référera, s'il est be- » soin, au Corps législatif. Le Directoire exécutif est tenu, en ce cas, de pro- » noncer dans le mois. »

Digitized by Google

pourraient s'élever entre l'administration et les tribunaux. — Il paraît assez étrange qu'on crut pouvoir faire alors par un simple règlement ce que, peu d'années auparavant, on avait cru ne pouvoir faire que par la constitution même de l'État[1]. — Quoi qu'il en soit, le mode des conflits resta incertain, même après ce règlement. Il s'établissait alors, soit par le conseil d'État lui-même, sur le refus d'obtempérer à la réquisition du ministère public, soit par la seule contrariété de décision entre un arrêté et un jugement. Les conseils de préfecture déclaraient aussi le conflit, par imitation des anciennes administrations centrales auxquelles ils avaient succédé[2]. Enfin le conseil d'État annulait, sans conflit, des jugements sur le rapport du Domaine ou des Ministres. — L'arrêté des consuls, du 13 brumaire an X, vint régulariser le mode de procéder dans cette matière. Les conflits élevés par les préfets, soit sur l'invitation des ministres, soit à la réquisition des parties, soit sur l'information des commissaires du gouvernement, soit d'office, étaient transmis par eux au grand juge et au ministre de l'intérieur. Ils arrivaient ensuite à l'assemblée générale du conseil d'État par des voies différentes. En effet, ils étaient instruits, ou par la section de législation, ou par la section de l'intérieur, ou par la commission du contentieux. Tantôt, considérés comme des affaires contentieuses, on admettait l'intervention des parties et leur opposition aux décrets par défaut; tantôt, considérés comme des actes de haute administration, on excluait les parties de leur instruction. — Voilà pour l'instruction et la forme des conflits. — Quant aux délais de leur élévation, de leur transmission et de leur règlement, ils étaient tracés, mais vaguement, par l'art. 27 de la loi du 21 fructidor an III et par l'arrêté du 13 brumaire an X. On flottait sur ce point, alors comme encore aujourd'hui, sans règle bien précise. — Quant aux limites du conflit, nous avons vu avec quelle rapidité leur cercle se développa. Le con-

[1] Ainsi qu'on vient de le voir par la note précédente, cette observation critique manque d'exactitude. Cependant il est certain que la matière des conflits aurait réclamé au plus haut degré, sinon l'intervention du pouvoir constituant, du moins celle du pouvoir législatif. Mais, même aux époques où les attributions de ce dernier pouvoir étaient mieux respectées qu'elles ne l'ont été sous l'empire de la Constitution de l'an VIII, par exemple au temps du régime constitutionnel, on a suivi l'exemple donné en l'an VIII; on a procédé habituellement par voie de simple ordonnance.

[2] Pour partie seulement.

Digitized by Google

flit, sous le Directoire, faisait main basse sur tous les jugements, quels que fussent leur caractère et leur autorité. Sous l'Empire même, il réduisit au néant les arrêts de la Cour de cassation. La commission du contentieux, qui vint à luire dans ces temps-là comme un rayon de liberté, et qui mérite notre reconnaissance moins pour le bien qu'elle ne pouvait pas faire que pour le mal qu'elle a empêché, opposa une digue à ce torrent d'empiétement sur l'autorité judiciaire. A mesure que cette précieuse institution s'affermit dans sa marche, elle restitua aux tribunaux toutes les questions de propriété, de titres et d'état; elle resserra de toutes parts les usurpations des corps administratifs; elle les renferma dans les bornes légales de leur compétence, et, après avoir défini et classé les différents pouvoirs, elle les ramena peu à peu au véritable esprit de leur institution[1]. Elle tenta aussi de restreindre l'exercice illimité du conflit. En effet, par décret du 15 janvier 1813, elle établit que le conflit ne pouvait pas être élevé après des contestations terminées par des jugements qui avaient acquis l'autorité de la chose jugée. Cependant, il faut le dire, un décret du 6 janvier 1814 expliqua bientôt ce que le Conseil d'État entendait par chose jugée: c'était la chose irrévocablement jugée par l'expiration du délai du pourvoi en cassation. Ce décret, qui fit un pas rétrograde, fut inséré au *Bulletin des lois* pour servir de règle aux préfets. — C'est dans cet état que la Restauration surprit les choses. Tout parut un instant supprimé : conflits, juridictions, matières. . . . . Quoi qu'il en soit, les ordonnances réglementaires qui, depuis la Restauration, modifièrent tant de fois le Conseil d'État sans l'améliorer, mirent les conflits dans les attributions exclusives du comité du contentieux. C'est sur le rapport de ce comité, et par arrêt du 6 février 1815, inséré au *Bulletin des lois*, qu'il fut établi que le conflit ne pourrait être élevé après des jugements pris en dernier ressort et des arrêts de Cours royales rendus contradictoirement. Cette doctrine, que je vous proposerai de consacrer, fut renversée par la jurisprudence en 1819, et l'on revint aux principes qui avaient

[1] L'étude détaillée de la jurisprudence administrative, sous l'Empire, ne justifierait peut-être pas complétement tous les traits de ce tableau, qui n'est vrai que par comparaison avec l'état de choses antérieur; mais, entendu et restreint dans ces termes, l'éloge est mérité, et il faut ajouter que l'esprit du temps ne comportait assurément rien de plus.

Digitized by Google

dicté le décret du 6 janvier 1814. — Cependant l'assimilation des conflits aux autres matières contentieuses entraînait l'intervention des parties, intervention dispendieuse pour elles, lente pour la distribution de la justice, et qui conduisit à examiner si les conflits ne constituaient pas plutôt des actes de haute administration que des arrêts, et s'il ne convenait pas d'accélérer, dans l'intérêt public, leur transmission et leur règlement. De cet examen sortit l'ordonnance royale du 12 décembre 1821, qui couronne la législation de la matière, et dont voici les dispositions, etc. »

4. Mais, dans les années qui suivirent cette ordonnance, l'administration fit de l'arme du conflit un tel usage ou plutôt un tel abus, particulièrement en matière électorale, que, pressé par des réclamations nombreuses, le ministère qui fut appelé aux affaires en 1828 reconnut la nécessité de soumettre ces réclamations à un examen approfondi. A cette époque, l'étude des questions d'organisation politique et administrative et des garanties que cette organisation devait offrir aux droits des citoyens contre les erreurs ou les empiétements possibles du pouvoir, n'était point frappée de ce discrédit temporaire que la mobilité de l'esprit français fait peser aujourd'hui sur de tels sujets. M. le garde des sceaux Portalis prit en conséquence, le 16 janvier 1828, un arrêté ainsi conçu :

« Nous, pair de France, etc.,

» Après avoir mûrement examiné les lois et les règlements » actuellement en vigueur et relatifs aux conflits d'attribution, » nous nous sommes convaincu que, si les juridictions sont » d'ordre public, et s'il importe au bien de l'État que les limites » qui séparent la compétence judiciaire de la compétence admi- » nistrative soient exactement respectées, il n'est pas moins » essentiel que les citoyens soient assurés de n'être jamais dis- » traits de la juridiction des tribunaux ordinaires, hors les cas » prévus par les lois générales qui déterminent les attributions » du pouvoir administratif ou par des lois spéciales; qu'à cet » effet, il serait utile de déterminer d'une manière précise sui- » vant quelles règles, en quelles formes et dans quelles limites » le droit de revendication accordé à l'administration peut être » exercé,

» Avons arrêté, etc. :

» Art. 1er. Il sera formé une commission de neuf membres :

Digitized by Google

» 1° pour examiner suivant quelles règles, quelles formes et » dans quelles limites le droit de revendiquer les affaires dont » la connaissance appartient à l'administration, soit en vertu des » lois qui ont réglé ses attributions, soit en vertu des lois spé- » ciales, peut et doit être exercé, aux termes des lois existantes, » par les agents du gouvernement; 2° pour proposer et ré- » diger, s'il y a lieu, les dispositions réglementaires qui pour- » raient paraître nécessaires ou utiles pour maintenir l'autorité » de la chose jugée et la compétence des tribunaux, sans » porter atteinte à l'indépendance de l'action de l'administra- » tion.

» Art. 2. Sont nommés membres de cette commission : M. le » baron Henrion de Pansey, conseiller d'État, président à la » Cour de cassation ; M. le chevalier Allent, conseiller d'État, » vice-président du comité du contentieux; M. le baron Cuvier, » conseiller d'État, vice-président du comité de l'intérieur; » M. Jacquinot de Pampelune, conseiller d'État, procureur gé- » néral près la Cour royale de Paris; M. le baron Zangiacomi, » conseiller d'État en service extraordinaire, conseiller à la Cour » de cassation ; M. le vicomte de Cormenin, maître des requêtes, » rapporteur; M. Agier, maître des requêtes, conseiller à la » Cour royale de Paris; M. Lepoitevin, doyen des conseillers à » la Cour royale de Paris; M. Delacroix-Frainville, ancien bâ- » tonnier de l'ordre des avocats. »

5. Dès le début de ses séances, la commission eut à se demander si elle devait préparer un projet de loi ou seulement un projet d'ordonnance. M. de Cormenin, dans son rapport, s'exprima ainsi sur ce point :

« Cette matière, qui touche à l'organisation de la société et » à la division des pouvoirs, est essentiellement législative, et » elle se rattache à l'ensemble de toutes les lois qui devront » constituer le système de l'organisation administrative. Rien » ne saurait suppléer la discussion publique dans les deux » chambres, etc. »

La commission elle-même, sans être aussi absolue, manifesta sa préférence pour une loi. L'avis qu'elle rédigea en terminant ses travaux contient à cet égard les explications suivantes :

« Les membres de la commission. . . . . sont d'avis que si,

Digitized by Google

» pour ne pas sortir des termes exprès de leur mandat, qui les » invitait à se renfermer dans la législation existante, ils ont » dû se borner à présenter, sous la forme d'une ordonnance, » les mesures qui leur ont paru les plus propres à resserrer et » à diriger l'action du conflit, ils ne peuvent néanmoins s'em- » pêcher d'exprimer leur opinion sur l'insuffisance d'une ordon- » nance et sur les avantages d'une loi dans une matière aussi » importante; que sans doute l'ordonnance proposée présente » une utilité et des améliorations incontestables, puisque, etc.; » que, malgré ces avantages, il est vrai de dire qu'une ordon- » nance peut être à chaque moment modifiée, dénaturée et » même révoquée par une autre ordonnance, etc. »

6. La commission comptait, d'ailleurs, de trop éminents représentants de l'esprit judiciaire pour que la question capitale de la matière, celle de savoir à quelle autorité appartiendrait le règlement des conflits, ne fût pas discutée et approfondie dans ses délibérations. La proposition formelle lui fut soumise de déférer cette importante attribution à la Cour de cassation. A en croire M. Taillandier, M. Cuvier contribua particulièrement à faire rejeter cette proposition; les considérations qu'il développa dans ce sens sont résumées de la manière suivante par l'auteur que nous citons (*Commentaire*, p. 106):

« Sur la question de savoir à quelle autorité doit appartenir la décision des conflits, l'honorable membre fit remarquer qu'il était nécessaire d'abord de remonter à la nature même du conflit. Le conflit est le moyen accordé au pouvoir amovible et responsable, pour se défendre contre les invasions du pouvoir inamovible et irresponsable. Les affaires judiciaires en France, seul pays connu où il en soit ainsi, étant entièrement confiées à des corps collectifs et inamovibles; la cassation qui, avant la révolution, appartenait au conseil du roi, ayant été elle-même attribuée à un corps de ce genre, il était rigoureusement nécessaire, si l'on voulait conserver un gouvernement responsable, d'enlever soigneusement aux tribunaux toutes les matières administratives, c'est-à-dire tout ce qui a rapport au gouvernement général, à la police, à l'exercice des droits qui appartiennent à la communauté comme telle; ces matières étant par leur nature l'objet de l'ambition des individus et des corps, parce qu'elles donnent plus d'autorité, plus de crédit et plus de moyens de favoriser ses créatures, l'ordre judiciaire a une ten-

Digitized by Google

dance naturelle à s'en emparer, et chacun se souvient que, dans l'ancien régime, les parlements s'en étaient emparés en grande partie, et qu'ils étaient sans cesse en guerre à ce sujet avec le gouvernement. Le gouvernement avait cependant alors une défense qu'il n'a plus, l'arme de la cassation, dont il est dépouillé aujourd'hui.

» L'Assemblée constituante, composée d'hommes qui avaient été témoins de ces débats, s'aperçut promptement que, si elle n'y portait pas remède, le pouvoir législatif lui-même serait anéanti; car il n'aurait aucun moyen d'arrêter les autorités judiciaires, ni de les faire répondre de leurs actes. Quelque impartiale que puisse être la Cour de cassation, elle appartient à l'ordre judiciaire, elle est composée des mêmes éléments, et, en matière d'attributions, elle a les mêmes intérêts; enfin et surtout il n'y a aucun moyen de réformer ses arrêts. La disposition qui donnait au roi, sous la responsabilité de ses ministres, le droit de juger les conflits, était donc une conséquence mathématique de l'établissement du gouvernement représentatif. Admettons en effet une disposition contraire, insensiblement les tribunaux jugeront les questions administratives, ils s'empareront de la police, ils entraveront le gouvernement, ils finiront par faire des lois par leurs arrêts. Sans cesse les ministres auront à dire qu'ils ne peuvent répondre d'opérations dans lesquelles leur action n'est pas libre; et que pourra faire le Corps législatif? Il sera toujours muet devant des arrêts. Au contraire, que le gouvernement abuse des conflits, qu'il enlève les citoyens à leurs juges naturels, qu'il intervertisse les juridictions; ses ministres peuvent, à chaque instant, être appelés à répondre devant les Chambres. Il y a à l'abus de ce remède un autre remède toujours prêt.

» Ce n'est donc pas seulement la loi positive, c'est la raison, c'est la nature des choses qui veut que le jugement des conflits appartienne au gouvernement. Qu'on le règle de manière à ne point choquer sans nécessité les tribunaux, à ne point traîner mal à propos les citoyens devant l'autorité administrative dans les matières judiciaires, rien de plus juste, rien même de plus utile à la conservation d'une prérogative nécessaire; mais transférer cette prérogative à un membre quelconque de l'ordre judiciaire, c'est renverser la Constitution. »

Quelle que soit la force de ces considérations, nous ne

Digitized by Google

saurions nous empêcher de penser que le souvenir des anciens parlements a peut-être trop influé sur l'esprit éminent qui les a produites, et sur d'autres qui, sans être aussi éminents, les ont accueillies ou paraphrasées après lui. Assurément la puissance de ces grands corps faisait de leurs empiétements administratifs un danger grave, permanent, et qui aurait exigé un énergique contre-poids : la même situation appellerait encore aujourd'hui un remède analogue, si la même organisation ou une organisation également forte pouvait ramener, avec la même intensité, les mêmes entreprises. Mais telle n'est pas, de nos jours, la constitution de la magistrature. Sous la monarchie constitutionnelle, le pouvoir parlementaire, plus jaloux des empiétements judiciaires que des empiétements administratifs, contre lesquels il se sentait plus fort, contenait par sa seule présence et aurait, au besoin, réprimé par son intervention ces velléités ou ces tentatives d'usurpation, auxquelles l'ancien régime ne pouvait guère opposer que le frein, tantôt excessif, tantôt impuissant, du pouvoir absolu. Sous le régime actuel, la suppression de cette garantie n'a pas ramené le danger. Trop de liens rattachent la magistrature au Gouvernement pour que celui-ci ait à redouter son indépendance; trop d'éléments nouveaux, puisés dans une société dépourvue de cohésion et de centres de résistance, s'introduisent à chaque instant dans le sein de cette magistrature, pour que l'esprit de corps puisse s'y former avec le caractère exclusif et persévérant qui en ferait la force et le péril; enfin l'inamovibilité qui couvre ses membres n'équivaut pas assez à la stabilité pour lui créer cette grande existence dont le pouvoir aurait à contenir les tentations et à surveiller les écarts. Nous ne concluons pas de là que le principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire ne doive pas être maintenu; nous n'en concluons même pas que l'arme du conflit ne doive pas être laissée au pouvoir administratif; nous croyons seulement que les raisons sur lesquelles M. Cuvier fondait cette opinion n'ont pas, aujourd'hui, toute la force qu'elles auraient pu avoir avant 1789, et qu'elles auraient encore en présence d'un pouvoir judiciaire autrement constitué; nous croyons que ces raisons se réduisent (et c'est bien assez) à celles que fournit la nécessité de protéger l'indépendance légale du pouvoir administratif contre l'antagonisme de l'esprit judiciaire, contre la tendance inévitable qui porterait ce dernier à agrandir insen-

Digitized by Google

siblement son domaine, et contre les inconvénients que pourrait parfois entraîner une intelligence insuffisante de besoins administratifs, qui trop souvent ne sont bien appréciés et compris par la magistrature que dans la haute sphère à laquelle appartient la Cour de cassation.

7. Quoi qu'il en soit, c'est des travaux de cette commission qu'est sortie l'ordonnance du 1er juin 1828. Destinée à satisfaire aux réclamations qu'avait fait naître l'usage excessif du conflit, rédigée en présence et sous l'empire d'une réaction quelque peu exagérée contre les abus d'un droit qu'il fallait pourtant conserver, cette ordonnance a dû, par une loi naturelle de l'esprit humain et aussi par un sage et habile calcul, subordonner l'exercice de ce droit à des formes et des garanties restrictives, le renfermer dans d'étroites limites, le sacrifier même dans quelques-unes de ses applications, pour le sauver dans son principe. Ce caractère manifeste de l'ordonnance de 1828 ne doit jamais être perdu de vue dans l'appréciation de ses dispositions.

8. En 1835, le Gouvernement, s'inspirant de la pensée qu'avait exprimée la commission de 1828, soumit au conseil d'État un projet de loi sur les conflits; mais ce projet ne fut point présenté aux Chambres [1].

9. La révolution de 1848 devait nécessairement amener un assez grave changement dans cette partie de la législation : le régime qu'elle inaugurait ne pouvait guère s'accommoder du système qui, jusque-là, laissait au chef du Gouvernement le pouvoir de statuer sur les conflits [2]. Aussi l'article 89 de la Constitution décida-t-il que *les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire seraient réglés par un tri-*

[1] Ce projet, préparé par une commission choisie dans le sein du Conseil, et composée de MM. Girod de l'Ain, Allent, Bérenger, de Gérando, de Fréville, Maillard, Vivien et de Chasseloup-Laubat, rapporteur, fut présenté à l'assemblée générale du conseil d'État, et adopté par elle le 28 janvier 1836. Mais soit à cause du changement qui survint alors dans le ministère (22 février 1836), soit par tout autre motif, il n'a reçu aucune suite. Le texte en a été publié par M. de Cormenin dans sa cinquième édition (Appendice, t. II, p. 54).

[2] M. de Cormenin écrivait pourtant, en 1840 (*Droit administratif*, 5e édition, t. I, p. 440, note 1), que *la décision des conflits doit appartenir au Gouvernement, quel qu'il soit, monarchique ou républicain.*

Digitized by Google

bunal spécial de membres de la Cour de cassation et du Conseil d'État, désignés tous les trois ans en nombre égal par leur corps respectif, et qui serait présidé par le ministre de la justice.

Un règlement d'administration publique, du 26 octobre 1849, et une loi du 4 février 1850, réglèrent les détails de l'organisation de ce tribunal et les formes de sa procédure. C'est au mois de mars 1850 qu'il a commencé à siéger; pendant cette année et pendant l'année 1851, il a eu à statuer sur cent dix-huit conflits, soit positifs, soit négatifs; il a eu à trancher de nouveau la plupart des questions de compétence sur lesquelles la jurisprudence du conseil d'État s'était plus ou moins fixée; et, à très-peu d'exceptions près, il s'est associé à cette jurisprudence, même sur les points qui avaient donné lieu à dissidence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation. Sous ce rapport, sous d'autres encore, que nous n'avons pas à signaler ici, l'existence du tribunal des conflits a produit de bons et utiles résultats, ne fût-ce qu'en mettant définitivement hors de toute controverse certaines solutions qui sont désormais acquises à la doctrine comme à la pratique [1].

10. Ce tribunal ne pouvait, du reste, survivre à la Constitution de 1848; il ne pouvait, du moins, prendre place dans la Constitution de 1852. L'article 17 du décret organique du Conseil d'État, en date du 25 janvier 1852, a en effet rendu à

[1] Le 8 avril 1853, en défendant devant le conseil d'État un conflit qui a été confirmé par un décret du 21 du même mois (*Dupont et consorts*), nous avons eu l'occasion de présenter à ce sujet les réflexions suivantes, que nous reproduisons parce qu'elles ont paru obtenir l'assentiment du Conseil :

« Quelque opinion que l'on pût avoir théoriquement et *à priori* sur le » mérite de l'institution du tribunal des conflits, il faut reconnaître qu'elle a » eu, notamment, deux avantages qui ne sauraient être contestés. D'une » part, elle a donné à la jurisprudence administrative, sur la plupart des » questions de compétence controversées entre le Conseil d'État et la Cour » de cassation, une sanction d'autant plus considérable qu'elle émanait d'un » corps dans lequel l'esprit judiciaire exerçait, par l'autorité de ses repré- » sentants, une influence égale à celle de l'esprit administratif, qui n'y était » pas moins heureusement représenté. D'autre part, et par l'effet de cette » collaboration et de cette délibération communes, elle a tempéré les incon- » vénients de l'isolement antérieur des deux éléments, et, sans parler ici de » ce que l'élément administratif y a recueilli, elle a ouvert plus largement à » l'autre élément cet horizon administratif, trop voilé quelquefois par la » concision excessive de décisions dont la sagesse habituelle ne pourrait » que gagner à se rendre plus accessible. »

Digitized by Google

ce conseil la connaissance des conflits : aujourd'hui, comme avant 1849, il y est statué par le chef de l'État, sur l'avis du Conseil d'État.

Il faut bien reconnaître pourtant que les motifs sur lesquels s'appuyait M. Cuvier en 1828 pour défendre cet état de choses ont perdu, depuis 1852, une partie de leur autorité. C'était au nom de la responsabilité des ministres et de la pondération des pouvoirs que l'illustre conseiller d'État revendiquait cette prérogative de l'administration ; c'était dans cette même responsabilité et dans le régime constitutionnel dont elle était l'un des principaux éléments, qu'il montrait la garantie et le remède contre les abus et les périls possibles de ce système[1], de même que ces arguments servaient à justifier la doctrine de la juridiction réservée au roi en matière contentieuse, c'est-à-dire exercée par le roi en Conseil d'État. Où sont aujourd'hui tous ces principes? Ils sont passés, quant à présent, à l'état historique, et, pour la masse des esprits, à l'état de préjugés. Supposons que sous le régime constitutionnel, il fût arrivé au roi, sur la proposition de ses ministres, de ne pas approuver une décision préparée par le Conseil d'État sur un conflit, et d'attirer à l'autorité administrative la connaissance d'une question que le Conseil d'État aurait considérée comme judiciaire : qui ne voit les discussions, les débats qu'un fait si anormal aurait soulevés? Qui ne sent que le seul pressentiment de ces difficultés était, à lui seul, un immense et salutaire obstacle? Aujourd'hui où serait le contre-poids? où serait l'avertissement? où serait, au besoin, la résistance?

11. Nous n'avons jusqu'ici envisagé qu'une seule des faces de la question ; nous n'avons jusqu'ici supposé que l'empiétement de l'autorité judiciaire sur l'autorité administrative, et nous n'avons recherché et constaté que les règles établies pour réprimer cet empiétement. Mais l'hypothèse inverse peut assurément se présenter : l'autorité administrative peut, à son tour, envahir le domaine de l'autorité judiciaire ; celle-ci aura-t-elle le droit d'élever le conflit pour faire régler, par le chef de l'État, les attributions respectives des deux autorités?

Un décret rendu en Conseil d'État, le 29 juin 1811 (*Gillet*), avait admis l'affirmative. Mais cette doctrine, implicitement

[1] M. Serrigny, tome I, n° 157, disait aussi : « Les remèdes contre les abus » possibles de ce droit confié à la puissance exécutive, sont dans la respon- » sabilité ministérielle, dans les chambres, dans la presse. »

Digitized by Google

abandonnée par un autre décret, du 22 décembre 1811 (*Cuisinier*), fut explicitement condamnée par une ordonnance du 3 juillet 1822 (*Chalette*), et la doctrine contraire a depuis longtemps cessé de faire question. « Le Conseil d'État, dit M. Boulatignier (p. 461), n'admet pas que les tribunaux puissent » élever le conflit contre l'administration, et il est naturel de » penser que, si le législateur avait voulu leur conférer ce droit, » il aurait pris soin d'en régler l'exercice. La vérité est qu'en » instituant le conflit, on a eu surtout en vue de protéger l'au» torité administrative contre les empiétements de l'autorité ju» diciaire. Et lorsqu'on y réfléchit, cette partialité du législa» teur est plus apparente que réelle : en effet, si les tribunaux » ne peuvent eux-mêmes, dans l'intérêt de leurs attributions, » déférer au roi en Conseil d'État les actes de l'administration » qui empiétent sur le domaine de l'autorité judiciaire, ce droit » appartient, d'après la loi des 7-14 octobre 1790, à toute par» tie intéressée; il s'applique aux actes de toute autorité admi» nistrative quelconque, et il peut s'exercer dans les formes et » avec les garanties établies pour les affaires contentieuses. »

On peut ajouter avec M. Serrigny (t. I, n° 166), que le droit d'élever le conflit répugnerait à la nature du pouvoir judiciaire, soit parce que ce pouvoir est irresponsable, soit surtout parce qu'il n'a pas l'action et l'initiative qui appartiennent au pouvoir administratif. Toutefois, aucune de ces raisons n'est en elle-même absolument décisive : il n'eût pas été impossible de concevoir avant 1852, il ne serait pas impossible de concevoir aujourd'hui un système qui, tenant la balance égale entre les deux autorités, organiserait les moyens de veiller à tous les empiétements et de les déférer, dans l'un et l'autre cas, au juge suprême des compétences. Ce qui demeure vrai, c'est que l'arme du conflit, dans l'état actuel de la législation, est exclusivement remise à l'administration pour la défense de ses propres prérogatives; ce qui demeure vrai, c'est que les prérogatives de l'autorité judiciaire n'ont pas, au même degré, besoin d'un tel secours.

12. Aujourd'hui encore, la législation de la matière est presque tout entière dans l'ordonnance du 1er février 1828. Il faut y ajouter les dispositions des articles 6 et 7 de l'ordonnance du 12 mars 1831, qui ont remplacé ou modifié celles des articles 15 et 16 de l'ordonnance de 1828. Il faudrait également y ajouter l'article 35 de l'ordonnance du 19 juin 1840, portant règlement

Digitized by Google

intérieur pour le Conseil d'État, aux termes duquel *les délais fixés par l'ordonnance du 12 mars 1831 pour le jugement des conflits devaient être suspendus pendant les mois de septembre et d'octobre*, qui étaient les mois de vacances du Conseil d'État. Cette ordonnance a, il est vrai, cessé d'être en vigueur par l'effet des nouvelles organisations que le Conseil d'État a successivement reçues en 1849 et 1852, et des nouveaux règlements qui ont été la conséquence de ces organisations; mais la règle établie par l'article qui vient d'être cité continue à recevoir son application, et c'est ainsi, par exemple, que le décret du 22 juin 1854, qui a fixé les vacances du Conseil d'État pour 1854, a décidé (art. 4) que les délais fixés par l'ordonnance du 12 mars 1831, pour le jugement des conflits, seraient suspendus du 15 août au 15 octobre.

13. Abordant maintenant le commentaire de l'ordonnance du 1er juin 1828, nous aurons à rechercher, en suivant l'ordre tracé par cette ordonnance : 1° quelles sont les conditions générales et essentielles de l'existence même du conflit positif; 2° en quelles matières et devant quelles juridictions ce conflit peut ou ne peut pas être élevé; 3° à quelle phase de l'instance le conflit peut être élevé; 4° par qui il peut être élevé; 5° quelles sont les formes essentielles du déclinatoire et les obligations que la présentation de ce déclinatoire impose à l'autorité judiciaire; 6° quels sont les délais et les formes du conflit; 7° par quelle autorité et comment il est statué sur le conflit; 8° enfin quelle est la nature et quels sont les effets généraux des décrets rendus sur conflit.

E. REVERCHON.

Digitized by Google

EXCEPTION. — COMPÉTENCE CIVILE. — TRIBUNAUX D'EXCEPTION.

Les parties peuvent-elles proroger la juridiction des tribunaux civils, dans une affaire de la compétence d'un tribunal d'exception ?

Dissertation par M. DORLENCOURT, juge au Tribunal civil de Douai.

Voici une question qui intéresse au moins quatre juridictions, outre son importance propre, et qui, de plus, est vivement controversée depuis longues années [1].

Pour établir l'affirmative on dit : « La plénitude de la juridic-
» tion civile appartient aux tribunaux de première instance et
» aux Cours d'appel. Ils sont, suivant les expressions de Loy-
» seau (*Des offices*, liv. I, ch. 6, n° 48), *les juges ordinaires des*
» *lieux et du territoire, ayant justice régulièrement et universel-*
» *lement sur les personnes et les choses qui sont en icelui.* En un
» mot, ils connaissent naturellement de toutes les matières,
» sous la seule exception de celles qui sont attribuées expres-
» sément à d'autres juridictions. » (Domat, part. II, liv. II, tit. 1, sect. 2.)

Voyons d'abord Loyseau, *loc. cit.*

Il vient de définir le pouvoir du simple juge non magistrat. Il continue ainsi : « Dont résulte (ce qui est fort à noter) que le
» pouvoir de juger n'includ pas le commandement, et par con-
» séquent la magistrature ; laquelle appartient seulement à ceux
» qui sont juges ordinaires, ayant le plein, entier et universel
» territoire ; et non pas à ceux qui exercent quelque justice ex-
» traordinaire et limitée à certains genres de causes. *Nam præ-*
» *fectus annonæ et vigilum non sunt magistratus, sed extrà or-*
» *dinem utilitatis causâ constituti*, dit Caïus en la L. 2, § *Et hæc*
» *omnia* 33 *de orig. jur.*

» Doncques les éleus de France, officiers des gabelles, des
» eaux et forêts, prévosts des maréchaux, juges consuls, et
» tous autres juges extraordinaires ne sont pas magistrats, ores
» qu'ils aient prehension, vocation, puissance de juger, gref-
» fiers, sergens et autres ministres, voire même le droit de
» glaive (au moins ainsi que nous le pratiquons en France),

[1] V. les autorités pour et contre : Dalloz, *Nouv. Répert.*, v° *Compétence civile*, n°s 5, 215 et suiv. — *Compétence commerciale*, n° 20, *ibid.* — D. P., 1848, 1, 233.

Digitized by Google

» c'est-à-dire le pouvoir de condamner à mort. Car nous tenons » en France, qu'outre les officiers des Cours souveraines extra- » ordinaires, il n'y a d'ailleurs en France que ceux de la justice » ordinaire qui soient vrais magistrats, ayant seuls puissance » ordinaire, juridiction entière et vrai district et territoire, qui » est à nous la marque de la justice et magistrature. Et quant » aux officiers de justice extraordinaires, ils ont plutôt une » simple notion ou puissance de juger qu'une vraie juridiction. » Les éleus sont juges des aides et tailles; les grenetiers juges » du sel; les maîtres des eaux et forêts, des rivières et des ar- » bres; les prévosts des maréchaux; des vagabonds; et les » juges consuls du fait de marchandises; mais les juges ordi- » naires sont juges des lieux et du territoire, *ubi tanquam ma- » gistratus jus terrendi habent*, et ont justice régulièrement et » universellement sur toutes les personnes et les choses qui sont » dans iceluy : de laquelle justice ces autres justices extraordi- » naires et extravagantes *sont démembrées*, et *extrà ordinem » utilitatis causâ constitutæ*. »

Assimiler nos tribunaux de paix, de commerce, et nos tribunaux administratifs, à des justices extraordinaires et extravagantes, démembrées de la justice ordinaire, à des juges qui n'étaient pas magistrats et qui condamnaient à mort, ce serait montrer une grande complaisance.

De quelle justice ordinaire les prétend-on démembrés? De celle de l'ancien régime apparemment; car le nouveau n'a rien créé qui leur soit antérieur.

Mais c'est bien pis quand il faut concevoir nos juges civils transformés « en juges des lieux et du territoire, *ubi tanquam » magistratus jus terrendi habent*, et ayant justice régulière- » ment et universellement sur toutes les personnes et les choses » qui sont en iceluy! »

La plénitude de *toute* juridiction, rien que cela!

Du reste, les magistrats de Loyseau l'avaient-ils sérieusement eux-mêmes? L'auteur n'est pas très-net sur ce point : « Les of- » ficiers de justices extraordinaires ont *plutôt* une simple notion » ou puissance de juger qu'une *vraie* juridiction. »

Quelque restreint que fût leur office, ces derniers ne l'exerçaient-ils pas à l'exclusion des magistrats? La dignité, le titre honorifique, une seigneurie nominale n'ont rien à faire dans la solution cherchée ici; c'est de la fonction qu'il s'agit.

Digitized by Google

Venons à Domat [1]. Celui-là se trouve dans toutes les mains; inutile de le transcrire longuement.

Avec lui la lumière se fait. Il parle d'anciens *premiers juges*, et dit qu'ils connaissaient *de toutes matières naturellement;* non pas de fait, sans souffrir de partage, entendez-le bien, d'accord en cela avec son prédécesseur. Il distingue entre leur compétence *naturelle* et la juridiction réellement exercée par eux, qui était, ajoute-t-il, *cette juridiction générale qu'on appelle aujourd'hui la juridiction ordinaire, telle que celle des Parlements et des juges leurs inférieurs.*

Or, de son temps, ces mêmes Parlements et juges, de quoi connaissaient-ils? *De toutes matières civiles, criminelles, bénéficiales, et de toutes autres indistinctement*, A LA RÉSERVE DE QUELQUES-UNES QUI ONT ÉTÉ ATTRIBUÉES A D'AUTRES JUGES.

Ainsi, à l'avénement de notre nouveau système judiciaire, il existait en France deux juridictions, l'une ordinaire ou *générale*, l'autre extraordinaire ou *spéciale.*

Mais qu'on y prenne garde, car c'est ici le vif de la question, la juridiction extraordinaire, c'est-à-dire celle des *officiers connaissant des finances, des aydes, des tailles*, etc., s'appliquait tout aussi bien à la solution des *procès civils*, c'est-à-dire où il ne s'agissait que d'un intérêt pécuniaire. En d'autres termes, dans le cercle de leurs matières, ils jugeaient au civil et au criminel, double attribution bien connue, d'ailleurs mentionnée par Domat [2].

Les juges ordinaires n'avaient donc pas la plénitude de la juridiction *civile.*

Non-seulement ils ne l'avaient pas, mais *le consentement même des parties* était impuissant à y suppléer.

« Il y a moyen d'incompétence s'il s'agit de choses dont la » connaissance appartient *par attribution particulière à certains* » *juges*, et que le défendeur ait été assigné devant le juge *ordi-* » *naire*.....

» ..... L'incompétence de juridiction peut être alléguée en » tout état de cause, parce qu'il n'est pas au pouvoir de la par- » tie de donner juridiction à celui *qui n'en a point*, quand l'in- » compétence est *ratione materiæ* [3]..... »

[1] Part. II, liv. II, tit. 1, sect. 2, n° 15.
[2] *Ibid.*, n° 16.
[3] De Ferrière, v° *Incompétence.* — Les mêmes principes sont exposés en

Digitized by Google

Ce point si grave fait la matière de l'article 1er, titre 6 de l'ordonnance de 1667, article spécialement édicté pour mettre un terme au fâcheux désordre qui s'était introduit dans les diverses juridictions, et dont il serait imprudent aujourd'hui de ne pas prévenir à jamais le retour :

« Défendons à tous nos juges, comme aussi aux juges ecclé-
» siastiques et des seigneurs, de retenir aucune cause, instance
» ou procès dont la connaissance ne leur appartient; mais leur
» enjoignons de renvoyer les parties par-devant les juges qui
» doivent en connaître, ou d'ordonner qu'elles se pourvoiront,
» à peine de nullité des jugements; et en cas de contravention,
» pourront les juges être pris à partie. »

Et cette disposition n'était que le renouvellement d'une autre de l'*ordonnance de Blois*, art. 147. Tant les abus ont malheureusement de vitalité!

Malgré ces injonctions géminées et menaçantes, malgré tout le pouvoir du grand roi, le Parquet du Parlement s'obstina, il faut le confesser, dans la mauvaise voie, sous prétexte de l'adhésion des parties; mais ce ne fut jamais sans protestation de la part des juristes, comme on vient de le voir, et comme le constate également Sallé (*Esprit des ordonnances*, t. I, p. 44).

Viendra-t-on encore soutenir que la loi moderne a pu conférer à nos tribunaux de première instance et d'appel la plénitude de juridiction civile comme part de la succession des juges ordinaires [1]?

C'eût donc été en dédaignant les textes, les principes, l'opposition doctrinale, pour s'incliner devant la pratique manifestement vicieuse d'une Cour souveraine? Et comme la chose paraîtra supposable à qui prendra la peine de relever, dans tous les discours de 1790 relatifs à l'ordre judiciaire, ce qu'on y dit de l'autorité des parlements [2]!

Consultons encore un auteur qui résumait alors sans nul doute les idées en vigueur sur les juridictions près de disparaître, le savant Pigeau, dont le nom est resté comme l'expression de la procédure personnifiée. Dans cette œuvre si remarquable, si éminemment classique, qu'il éditait aux approches de 89, il

termes presque identiques au *Répertoire universel* de Guyot, 1784, v° *Juridiction*, p. 166.

[1] Dalloz, *Nouv. Répert.*, v° Compétence, *loc. cit.*

[2] Notamment Tronchet, séance du 3 mai 1790.

Digitized by Google

traite des matières dont l'inspection est soumise aux Parlements et Conseils supérieurs, et les range sous huit paragraphes, dont aucun, on peut s'en assurer, n'admet la possibilité pour eux de cette inspection en premier ressort [1].

Dans son opinion, ces Parlements et Conseils n'avaient donc pas la plénitude de juridiction civile.

Mais ce qu'il enseigne là implicitement, il le déclare d'une manière formelle et avec motifs, relativement aux tribunaux inférieurs :

« .... On a vu dans l'énumération des matières, dont l'in-
» spection *médiate* était confiée aux Parlements et Conseils su-
» périeurs, que la justice ordinaire avait été confiée à des juges
» exprès ; les affaires de commerce, à des juges de commerce ;
» les matières concernant les eaux et forêts, aux maîtrises des
» eaux et forêts, etc.

» Si nos rois ont voulu que les Parlements et les Conseils su-
» périeurs pussent s'étendre sur toutes ces matières, ils n'ont
» pas établi la même chose à l'égard des tribunaux institués sous
» eux ; ils ont exigé dans les premiers la capacité de les em-
» brasser toutes ; et dans les seconds la capacité d'embrasser
» seulement la matière confiée à leurs soins ; c'est pourquoi il
» leur a été défendu d'entreprendre l'un sur l'autre. »

Deux choses à noter ici : l'argument qui surgit, spécialement à l'égard des tribunaux de première instance, contre la prétention de nos contradicteurs ; en second lieu, la sagesse de l'observation sur les lumières respectivement exigées, observation tout aussi applicable à l'ordre judiciaire actuel. En taxer plusieurs branches d'insuffisance, c'est faire le procès à l'institution même, dont, pour être conséquent, il vaudrait mieux demander la réformation. C'est encore susciter la question de savoir si la branche qu'on voudrait privilégier, présente, de son côté, toutes garanties pour une action sans limites.

Quoi qu'il en soit, nous pouvons avancer désormais que le législateur de 1790 n'a pu puiser dans le système antérieur l'idée d'une confusion de matières, d'ailleurs si évidemment antipathique à ses propres dispositions.

On allègue, il est vrai, en désespoir de cause, qu'au surplus

[1] *La Procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions du royaume*, t. I.

Digitized by Google

l'incompétence des tribunaux civils dans les affaires de la compétence d'un tribunal d'exception ne serait pas d'ordre public, mais purement personnelle [1].

Comment démontrer le contraire, sinon par ces mots : incompétence à raison de la matière et, en conséquence, d'ordre public, art. 170 C. pr.?

La règle du droit romain, que chacun est libre de renoncer au bénéfice des dispositions introduites en sa faveur, ne lève d'ailleurs nullement l'obstacle, car *jus publicum privatorum pactis infringi non potest. Loi* 38, ff., *De pactis.*

Et puis les avantages à retirer pour quelques individus de la faculté qu'on réclame valent-ils bien au fond tant d'efforts tentés contre l'autorité des principes? Qu'on y songe, il faudrait aller loin dans cette voie pour atteindre le but désiré. Il faudrait imposer une contrainte absolue aux tribunaux de première instance et cours impériales, le silence aux officiers du parquet, sur un point qui, en dépit de tous les raisonnements, éveillera toujours dans beaucoup de consciences les scrupules les plus graves, les mieux fondés. Sans ce mutisme universel, point de sûreté pour les parties qui oseraient se livrer à un errement de procédure susceptible d'être réfréné *en tout état de cause.*

Enfin qu'on mette en balance avec ces prétendus avantages le trouble jeté dans notre système judiciaire, envié à si juste titre, par ce droit de prorogation qui répandrait la plus fâcheuse obscurité sur les limites respectives de la juridiction civile et des justices de paix, consulaire, administrative; et l'on dira avec un des hommes distingués qui, depuis tant d'années déjà, protestent contre une imprudente déviation : « Doctrine qui doit être » sévèrement combattue; car elle est un désordre, et les con- » séquences n'en peuvent être que funestes [2]. »

Mais interrogez cette loi moderne elle-même, véritable siége de la matière, et voyez si elle laisse percer l'intention de sacrifier la juridiction des tribunaux d'exception à celle des tribunaux civils, ou si plutôt elle n'est pas d'un bout à l'autre exclusive d'une telle intention.

Tout à l'heure nous discutions le régime antérieur; c'était pur hors d'œuvre. Le 24 août 1790 il est bien question de renouer la chaîne des temps, bon Dieu!

[1] Dalloz, *Nouv. Répert.*, v° *Compétence civile*, n° 216, alinéas 2 et 3.
[2] Victor Foucher, *Revue de législ.*, t. II, p. 401.

Digitized by Google

Pour début l'arbitrage, c'est-à-dire faculté illimitée à tous de se choisir des juges, même non Français. Puis des juges de paix, de première instance; ceux-ci juges d'appel les uns aux autres; une organisation sans précédents, rompant avec un passé de huit siècles, comme l'observait, non sans regrets, Cazalès (séance de l'Assemblée nationale du 24 mars 1790).

Le même jour, Thouret s'exprime ainsi : « Faut-il régénérer » à fond le pouvoir judiciaire, ou faut-il seulement le réformer? » La nécessité de la régénération nous a paru absolue, indispen- » sable. » Thouret s'élève ensuite contre ces *Cours supérieures qui s'appelaient souveraines*. A la fin de la séance, l'Assemblée décrète : « L'ordre judiciaire sera reconstruit en entier. »

Que sert d'insister sur les tendances novatrices? Il y a des inductions bien plus topiques à tirer du texte même.

On vient de noter une faculté; en voici d'autres :

Titre 1, art. 5 : Faculté de prendre son tribunal d'appel entre tous ceux du royaume;

Titre 4, art. 6 : Faculté de convenir qu'il n'y aura pas d'appel, prorogation du pouvoir des juges de première instance;

Titre 12, art. 15 : Même prorogation relative aux juges de commerce [1].

De toutes ces facultés en est-il une qui porte atteinte à l'ordre des juridictions?

Non; chacune de ces juridictions reste maîtresse dans son domaine. Le procès civil va au civil, le procès commercial au commercial. Toujours prorogation *ratione pecuniæ*, jamais *ratione materiæ*.

Cette atteinte, objectera-t-on peut-être, résulte de la faculté de l'arbitrage, de l'arbitrage qui est l'absorption de toutes juridictions.

Point du tout; l'arbitrage forme la juridiction type, primordiale, universelle, la seule *pleine, des lieux et du territoire*. Les autres s'exerceront sur ce qu'elle leur laissera.

Avec une telle institution, avec le choix sans limites, doit-on être bien venu en vérité à exciper des retards, des frais, des inconvénients d'une capacité inférieure, pour obtenir des prorogations blessantes tout à la fois et exorbitantes?

[1] Donc même confiance de la part du législateur, répondant ainsi par avance à la défiance de nos adversaires.

Digitized by Google

La loi ne l'a pas souffert. Elle fait des concessions immenses, sans exemple. Mais elle s'arrête devant celle-là, et s'en explique formellement :

Titre 2, art. 17 : L'ordre des juridictions ne pourra être troublé....

Maintenant reproduisons encore quelques passages de la solennelle discussion accomplie en 1790, de nature à compléter nos preuves [1] :

8 avril, Siéyès : « La machine judiciaire n'existe plus; » 23 juillet, Lanjuinais : « Notre ordre judiciaire a totalement changé. » Voilà pour l'esprit d'imitation.

20 juillet, M. Fréteau : « Je crois aussi qu'il est nécessaire de » régler la compétence des tribunaux avant de fixer le nombre » des juges dont ils seront composés. Le projet du comité leur » attribue la juridiction des eaux et forêts et celle de la mon- » naie; peut-être leur attribuera-t-on aussi la connaissance des » affaires en matière d'impôt; ce dernier objet augmenterait » beaucoup leur occupation. »

Et l'on avait déjà voté sur les attributions de la justice de paix! Voilà une réponse péremptoire à ceux qui veulent ériger la première instance et l'appel en juridiction-mère, dont l'autre ne serait qu'un *démembrement*. Leur juridiction-mère n'était ni créée ni même délimitée encore quand l'autre existait déjà au grand complet.

7 juillet, Thouret, au nom du comité, parlant des juges de paix : « Cet établissement déchargera les autres tribunaux d'une » multitude de causes. »

.... « Votre comité vous propose de réunir en eux le double » caractère de médiateurs et de juges. *Leur décision ne pourra* » *être rejetée que dans les cas d'appel,* qui seront déterminés par » l'Assemblée; » 23 juillet, Pierre de Delay : « Un jugement est » l'application de la loi à un fait constaté; cette opération étant » la seule que l'on puisse permettre au juge, le juge le plus près » du lieu où s'est passé le fait est donc celui qui, par sa posi-

[1] Il est sans doute vivement regrettable, d'une part, de citer outre mesure, de l'autre de rester muet sur les auteurs et corps judiciaires qui ont exploré cette question. Mais les citations formaient le seul tribut, ou du moins le meilleur qu'on pût encore offrir après tant de remarquables travaux. Elles seront, nous osons l'espérer, une satisfaisante explication du silence.

Digitized by Google

» tion, est le plus en état de le constater. *Or rien ne peut nous* » *faire présumer que le juge le plus à portée de constater le fait,* » *soit le moins en état d'y appliquer la loi.* »

Les juges de paix sont ce qu'immole avec le moins de remords l'opinion ici combattue. On voit comme elle concorde avec celle des auteurs de la loi. Thouret en particulier est, à proprement parler, cette loi vivante; et il s'énonce de manière à trancher d'avance, comme par une espèce de prévision lointaine, la question de prorogation. Le second orateur est encore plus précis, en même temps que plus explicite. Echo de l'esprit du temps, il proscrit avec énergie, par deux raisons également sérieuses, l'immixtion des tribunaux à grand rayon, si suspecte, si décriée chaque jour autour de lui.

24 mars, Thouret : « Attachons-nous d'abord à la composition » *du premier* DEGRÉ; c'est celle qui présente le moins d'embar- » ras. Le comité vous propose un juge de paix par canton, et » un seul tribunal royal par district. »

.... « La compétence du tribunal royal de district *commence où finit celle des juges de paix; elle complète le système du premier degré dans l'ordre ordinaire.* »

Que veut-on de plus? Est-il possible encore de classer dans deux juridictions séparées, sous les noms d'*ordinaire* et d'*exception*, d'une part la justice de paix, de l'autre la première instance et l'appel? Thouret, jurisconsulte distingué, avocat émérite, rapporteur du comité de constitution, puis président du tribunal de cassation, Thouret sait incontestablement ce qu'il dit quand il compose le premier degré des juges de paix et des juges de district, et comprend le tout sous la dénomination de juridiction *ordinaire*. Ce dernier mot qui, à lui seul, et en dépit de toute réalité, comblait pour des esprits prévenus l'abîme ouvert entre la nouvelle et l'ancienne organisation, ce mot se retourne désormais contre eux. La justice de paix est un tribunal, non d'exception, mais ordinaire.

Le nier davantage, ce serait se condamner de gaîté de cœur à l'anachronisme et au contresens. Depuis 1790 il n'y a eu de *tribunaux d'exception* que ces commissions éphémères enfantées par nos commotions politiques. Pour avoir ses attributions *explicitement* indiquées par la loi, une juridiction n'est pas plus dans l'exception, que toute autre dans la règle pour les avoir *implicitement* délimitées. Ces deux modes ne reconnaissent d'autre raison

Digitized by Google

d'être que le besoin d'une compréhension rigoureusement exacte et logique. *Primus* régit vos terres de la Somme, *Secundus* le reste de vos immeubles. Ce reste se trouvât-il dix fois supérieur, où placer l'ordinaire et la règle, où l'extraordinaire et l'exception? Tout au plus pourrez-vous distinguer en régisseur général et spécial.

Eh bien! c'est une démarcation expressément identique que l'usage a voulu consacrer, sous *d'apparents* synonymes, entre les juridictions nouvelles. Mais défions-nous de ces à peu près nés de la *furia francese* qui écarte si prestement redites et circonlocutions. Surtout n'en faisons pas des bases théoriques. C'est monnaie courante et de convention qu'on se passe à la ronde, mais dont personne ne cherche la juste valeur. Il y a malheureusement la langue de la pratique et la langue du droit; guerre incessante à la première qui finirait par tuer l'autre.

Conclusion :

Les parties ne peuvent proroger la juridiction des tribunaux civils dans une affaire de la compétence d'un tribunal dit d'exception.

L. DORLENCOURT.

BIBLIOGRAPHIE.

LE DROIT CIVIL FRANÇAIS, PAR K. S. ZACHARIÆ.

Traduit de l'allemand sur la cinquième édition, annoté et rétabli suivant l'ordre du Code par MM. G. Massé, président du Tribunal d'Auxerre, et Ch. Vergé, avocat, docteur en droit.

Compte rendu par M. Paul Pont, docteur en droit, juge au Tribunal civil de la Seine.

Ceci est un travail remarquable par lequel MM. Massé et Vergé, deux hommes que leur nom à lui seul recommande, popularisent de plus en plus en France un livre qui, quoique écrit en Allemagne et par un professeur allemand, n'offre pas moins l'un des bons ouvrages qui ont été écrits sur le Code Napoléon. Il est difficile, en l'abordant, d'isoler l'œuvre pour l'envisager en elle-même comme on ferait d'un traité original, et de se défendre de la pensée qui se présente tout naturellement de faire des rapprochements et des comparaisons.

Digitized by Google

Ce travail, que nous avons annoncé déjà, et dont nous nous proposons aujourd'hui de faire l'examen, est avant tout une traduction; il n'est pas sans précédents, car il reprend ou il continue, mais sur de nouvelles bases, en 1855, l'œuvre commencée, il y a tantôt vingt ans, par deux savants professeurs de la Faculté de Strasbourg, MM. Aubry et Rau, et à laquelle Zachariæ a dû de voir grandir, en France, une publication dont le succès considérable, en Allemagne, n'est pas épuisé encore après les cinq éditions qui y ont été successivement données.

Or il semble que les conditions premières d'une traduction, et son mérite principal, doivent être de reproduire fidèlement, autant que le comporte le génie de la langue, l'œuvre traduite, et de faire passer ainsi, dans la reproduction, l'esprit, l'économie et les détails de la composition originale.

C'est donc à cela que devraient s'attacher d'une manière toute particulière MM. Vergé et Massé dans la traduction qu'ils entreprennent. Plus d'un lecteur assure pourtant que ce n'est pas là ce qu'ils font; et s'il en fallait juger par les apparences, nous avouons que cette appréciation pourrait être acceptée.

En effet, le livre de Zachariæ est un *Traité* du droit civil français. Or il n'en est pas d'un *traité* comme d'un *commentaire*. Le commentaire a sa marche toute tracée dans l'ordre des textes qu'il se propose d'éclairer; il n'a pas d'autre ordonnance. Le traité, au contraire, a un plan et une méthode qui lui sont propres; c'est l'arrangement du sujet d'après un système préconçu, qui n'a ou ne doit avoir rien d'arbitraire, et qui, donnant à chaque matière la place qu'elle doit occuper dans la composition générale, lui assigne en quelque sorte par avance sa signification et sa portée.

A ce point de vue, le livre de Zachariæ est remarquable par son économie même. Ce dont l'auteur semble s'être le moins préoccupé, c'est assurément la division de notre Code. A cette division que nous avons coutume, nous Français, de regarder comme fort nette, comme très-méthodique, et qui a d'ailleurs dans les Institutes de Gaius et dans celles de Justinien de très-avouables précédents, Zachariæ en a substitué une autre dont les profondeurs sont aisément sondées, paraît-il, par l'esprit allemand, et dont la valeur scientifique est grandement prisée par tous ceux qui se disent en mesure de l'apprécier.

Digitized by Google

Le droit civil français, selon Zachariæ, se divise en droit théorique et en droit pratique.

Ce dernier, qui comprend les actions, les exceptions et aussi la prescription, mais seulement la prescription extinctive, n'est pas précisément la mise en action du droit théorique. Il se renferme seulement dans la théorie des actions, dans celle des preuves, dans celle de la prescription extinctive; il laisse à l'écart les lois de la procédure proprement dite.

Quant au droit théorique, qui a pour objet de régler et de déterminer les droits des hommes entr'eux, il est autrement compliqué. Il se divise en diverses parties, dont les deux principales ont pour objet : d'une part l'état civil, ce qui comprend tout ce qui a trait à l'état civil des Français, aux personnes physiques, aux personnes morales, aux droits civils de ces dernières, à l'état politique et à l'état civil des hommes, aux actes de l'état civil; et d'une autre part les droits civils considérés sous le rapport des objets auxquels ils s'appliquent, ce qui embrasse les droits pouvant appartenir à une personne sur les objets du monde extérieur soit qu'on les envisage isolément, soit qu'on les considère comme faisant partie d'une universalité juridique.

En ce dernier point, la matière se subdivise elle-même. D'abord, pris dans leur individualité, les objets du monde extérieur sont des choses ou des personnes. Et dès lors, on a, sous le premier rapport, les droits réels qui comprennent la propriété, les servitudes soit personnelles soit réelles, les priviléges et les hypothèques, et, sous le second rapport, des droits personnels qui varient suivant qu'ils n'entraînent qu'une prestation ou qu'ils impliquent l'idée de puissance : dans la première catégorie viennent se placer les obligations et les divers contrats énumérés et règlementés dans le Code Napoléon, le contrat de mariage excepté; dans la seconde se placent le mariage, et non-seulement l'acte qui fonde l'union des personnes, mais encore le contrat qui règle les intérêts civils et pécuniaires des époux, la paternité, la filiation, la tutelle, l'adoption, la tutelle officieuse, etc. Ensuite, envisagés comme faisant partie d'une universalité juridique, les objets du monde extérieur font naître une autre subdivision en deux parties dont l'une comprend la théorie générale du patrimoine et l'autre celle de l'hérédité : dans la première on trouve l'explication de la saisie, de la con-

Digitized by Google

trainte par corps, de la séparation des biens, de l'expropriation forcée ; dans la seconde se place la matière des successions *ab intestat* et testamentaire, et accessoirement celle des donations entre-vifs et des legs à titre particulier.

On voit par cet aperçu comment le plan de Zachariæ diffère profondément de celui du Code Napoléon et comment l'ordre matériel des dispositions de ce code est à chaque instant interverti dans la composition du savant professeur de l'Université de Heidelberg. Au contraire, dans la traduction de MM. Massé et Vergé, nous retrouvons l'ordre même du Code, et c'est en cela que semble se justifier, au premier coup d'œil, le reproche qu'on ne leur a pas épargné et qu'on ne manquera pas de leur faire encore de n'être pas fidèles, dans l'accomplissement de leur tâche, à leur mission de traducteurs.

En y réfléchissant, cependant; nous ne pouvons nous associer à ce reproche : et, le dirons-nous même, nous nous sentirions disposé à louer, dans cette traduction nouvelle, précisément ce que d'autres y blâment.

Le plan adopté par Zachariæ a peut-être tout le mérite que lui prêtent ses fervents admirateurs. Peut-être, comme l'ont écrit les premiers traducteurs, est-il conçu d'après un ordre logique d'une rigueur telle que chaque matière vient nécessairement et d'elle-même, pour ainsi dire, prendre la place qu'elle occupe.

Cependant, nous l'avouons en toute humilité, nous n'avons pas pu, jusqu'ici, quoique nous ayions souvent tenté de le faire, nous rendre compte du plan et des divisions adoptées par Zachariæ; et à cause de cela, il ne nous a pas déplu de voir l'appréciation fort spirituelle que MM. Vergé et Massé en ont faite. *Ils ne se refusent pas à croire,* disent-ils, que ce plan et ces divisions peuvent avoir leur mérite et leur utilité.... *en Allemagne;* mais, on le voit, ils acceptent cela de confiance, sur la foi de ce que quelques-uns en ont pu dire, et quant à eux, ils pensent et ils disent que tout cela manque de clarté. C'est aussi notre avis : voilà pourquoi nous louons volontiers MM Massé et Vergé d'avoir sacrifié à la clarté de nos idées françaises, pour laquelle, nous le savons, la science allemande se montre fort dédaigneuse, un plan dont l'économie nous échappe comme elle paraît avoir échappé à d'aussi excellents esprits que ceux des

Digitized by Google

traducteurs, et dont les combinaisons, quoiqu'on en dise, ne nous paraissent pas motivées.

Mais hâtons-nous d'ajouter que nous les louons de cela, parce qu'à nos yeux il est très-évident que le rétablissement de la division si simple et si vraie du Code a pu s'effectuer sans que la pensée de Zachariæ en fût véritablement altérée. Il suffit, pour en demeurer convaincu, de se reporter au système suivant lequel a été exécutée l'œuvre originale. Zachariæ, on le sait, ne s'en est pas tenu à cette division si compliquée que nous venons de rappeler; il a pris soin, comme s'il eût voulu éclairer la matière, obscurcie en quelque sorte par un excès de généralisation, de la morceler en la renfermant tout entière dans une série non interrompue de paragraphes, dont chacun forme un ensemble, a son objet spécial et son titre particulier. On en compte 776 dans la traduction complète de MM. Aubry et Rau, et MM. Vergé et Massé, qui n'en sont encore qu'à la moitié de leur tâche, en ont donné déjà 411 dans les deux volumes qu'ils ont publiés.

Cette combinaison même offrait aux traducteurs le moyen d'exécuter facilement et le plus naturellement possible le déplacement qu'ils ont conçu, sans changer sensiblement la physionomie du modèle. Que fallait-il pour cela? Prendre chaque paragraphe dans son ensemble, et après l'avoir traduit exactement, le reporter, en son entier, à la place qui lui était assignée par l'ordre du Code, en telle façon que la numérotation seule du paragraphe se trouvât changée.

Or MM. Massé et Vergé ne font pas autre chose. D'une part, en effet, ils conservent en général les paragraphes dans leur ensemble, et ne les scindent que dans les circonstances très-rares où la division est commandée par la nature du sujet. D'une autre part, quant à la traduction, si nous ne sommes pas personnellement en mesure d'en garantir la fidélité et l'exactitude, nous pouvons dire du moins que c'est au texte même, au texte seul que les traducteurs s'attachent, et qu'en cela leur travail répond mieux à l'idée de traduction que celui de leurs devanciers, lesquels ont donné, ils le disent eux-mêmes, non pas une simple traduction, mais une reproduction du texte complété par des additions nombreuses d'opinions et de commentaires qui leur sont personnels [1].

[1] Ceci soit dit seulement au point de vue de la traduction proprement

Digitized by Google

Dans ces conditions, nous le répétons, la pensée de Zachariæ, son interprétation du Code Napoléon restent entières; et la traduction nouvelle a cet avantage incontestable de nous rendre une division non-seulement qui nous est familière, ce qui est beaucoup déjà, mais encore, ce qui est mieux, qui est avouée par la raison des choses autant que par le bon sens, puisqu'en passant des personnes aux biens, pour arriver ensuite à la relation existante entre les personnes et les biens, elle a sa base et sa complète justification dans les rapports mêmes du monde matériel.

En suivant l'ordre qu'ils ont adopté, MM. Vergé et Massé ont donné déjà, dans les deux volumes de leur traduction qui est annoncée comme en devant former quatre, tout ce qui a trait aux deux premiers livres du Code Napoléon, aux dispositions générales et au Titre premier du troisième livre. Ainsi le lecteur peut avoir sous les yeux tout ce qui concerne la publication, les effets et l'application des lois en général, la jouissance et la privation des droits civils, les actes de l'état civil, le domicile, les absents, le mariage, le divorce et la séparation de corps, la paternité et la filiation, l'adoption et la tutelle officieuse, la puissance paternelle, la minorité, la tutelle et l'émancipation, la majorité, l'interdiction et le conseil judiciaire, la distinction des biens, la propriété, l'usufruit, l'usage et l'habitation, les servitudes ou services fonciers, et enfin les successions. C'est autant qu'il en faut pour apercevoir le but de l'ouvrage et en apprécier le mérite et l'utilité.

MM. Massé et Vergé, qui mettent au service de leur entreprise une intelligence de beaucoup supérieure à celle qui aurait suffi aux nécessités de leur travail renfermé dans ses limites étroites, ont dépassé, comme cela devait être, le but qu'ils s'étaient proposé. Ils n'avaient pas la prétention, comme ils le disent eux-mêmes, « de placer leur ouvrage sur la même ligne que les œuvres des jurisconsultes éminents qui depuis quelques années ont restauré en France le goût et l'étude de la jurispru-

dite; mais au fond, et telle qu'elle est, la publication de MM. Aubry et Rau, qu'il faut considérer moins comme une traduction que comme une édition française du livre de Zachariæ, n'en reste pas moins l'œuvre éminente de deux savants jurisconsultes dont les opinions seront toujours étudiées avec profit. Nous l'avons éprouvé, pour notre part, trop souvent, pour que nous laissions échapper l'occasion d'en rendre témoignage.

Digitized by Google

dence, en éclairant les aridités du droit du double flambeau de la philosophie et de l'histoire; » ils voulaient seulement faire de l'ouvrage de Zachariæ, à l'aide de leurs notes, un livre d'une utilité générale, qui, par sa concision et sa clarté, pût convenir aux jeunes gens que nos écoles préparent à l'étude de la jurisprudence, et en même temps aux hommes engagés dans la pratique des affaires comme aux gens du monde qui souvent sont placés dans la nécessité de connaître la loi. Et il arrive non-seulement que le livre, dans les conditions où il se produit, répond à tous ces besoins, mais encore que, comme beaucoup de ces œuvres auxquelles MM. Vergé et Massé, dans leur modestie, ne voulaient pas le comparer, il concourra puissamment à restaurer, en France, le goût et l'étude de la jurisprudence. C'est que peu d'œuvres originales, et parmi les meilleures, pourraient se considérer comme déparées par les dissertations que nous remarquons dans les annotations qui accompagnent le texte de Zachariæ, et particulièrement au titre si important des Successions. Il y a là, sur les partages partiels, sur les partages verbaux, sur le tirage des lots au sort, sur la nature des partages, sur la garantie des lots, sur l'erreur considérée comme cause de rescision des partages, sur la rescision appliquée aux actes réellement transactionnels, sur la manière dont l'estimation doit être faite pour arriver à constater la lésion, sur la question de savoir si l'héritier qui a aliéné son lot en totalité ou en partie peut encore demander la rescision pour lésion, sur les choses sujettes à rapport, sur les conséquences juridiques du rapport, sur la célèbre question du cumul de la quotité disponible et de la réserve, sur les relations entre les héritiers et les créanciers de la succession et sur tant d'autres points, des aperçus si pleins de science, de jugement, de sagacité, et parfois si nouveaux, qu'ils ne pourront manquer de faire oublier le traducteur qui transmet la pensée d'un autre au profit du jurisconsulte qui donne la sienne.

Encore une fois, cela devait être. MM. Massé et Vergé ont, dans la science, les précédents les plus honorables. M. Vergé, après s'être livré à des travaux de jurisprudence considérables, a écrit sur la responsabilité des notaires un traité abrégé que l'on voit fréquemment cité; en outre, chargé depuis nombre d'années du compte rendu des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, il vit, par les nécessités mêmes

Digitized by Google

de sa position, au foyer de la science; en sorte que ses études partagées entre la théorie et la pratique du droit, ces deux éléments dont l'alliance est indispensable pour féconder la science, ont dû lui donner une aptitude toute particulière. De même M. Massé, l'honorable président du tribunal d'Auxerre, s'était préparé par la pratique, par sa collaboration suivie à l'une de nos meilleures collections de jurisprudence, à la publication de son excellent Traité sur le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil, qui donne à son nom une autorité véritable. Une telle association ne pouvait pas n'être pas féconde; et quelque modestes qu'ils fussent, en s'assignant le rôle de traducteurs, ces esprits distingués ne pouvaient pas le remplir, sans y laisser leur cachet et le signe de leur valeur personnelle.

PAUL PONT.

HISTOIRE DU DROIT GERMANIQUE (DEUTSCHE RECHTSGESCHICHTE).

Par M. Ferd. WALTER. — 3 vol. Bonn, 1854.

Compte rendu par M. BERGSON.

Les rapports étroits qui rattachent le droit français, par ses origines, au droit germanique, ont réveillé de nos jours entre les historiens des deux pays une rivalité ardente dont nous commençons à recueillir les fruits. Les historiens allemands se sont élancés les premiers dans cette vaste carrière où des champions nouveaux viennent constamment se disputer le prix. L'école historique allemande, avec une érudition et une sagacité étonnantes, a renouvelé et rajeuni les textes de droit qui forment le fond de la vie juridique de l'Europe depuis le moyen âge. Les monuments antiques si merveilleusement retrouvés et restaurés de nos jours par les coryphées de l'école, par les Niebuhr, les Savigny, les Hollweg, rappellent en quelque sorte ces cités que nous avons vu naguère ressusciter des cendres du Vésuve sous lesquelles elles étaient restées ensevelies pendant dix-sept siècles! Cependant l'école historique a encouru un grave reproche. Avec une obstination aveugle, elle s'est renfermée dans le cercle étroit des textes. Elle a pour ainsi dire marqué chaque page de ses travaux de l'exclamation singulière

Digitized by Google

du maître d'une autre époque : *Quid hoc ad edictum Prætoris?* Elle ne s'est pas élevée à la hauteur des vues qui embrasse l'ensemble et saisit le progrès, en niant avec persévérance l'alliance intime qui existe entre le droit, l'histoire et la philosophie. C'est par ce sentiment profond de l'alliance de l'histoire et de la philosophie que l'école française a acquis une supériorité incontestable. Tandis qu'en Allemagne l'antagonisme de l'école historique et de l'école philosophique a abouti à l'épuisement et à la stérilité des deux écoles, le sens à la fois pratique et élevé des historiens français a mis au jour d'admirables travaux dont la France s'enorgueillit avec raison.

Ces observations nous sont suscitées par l'examen de l'histoire du droit germanique que M. Walter a publiée dernièrement. Fruit de trente ans de patientes recherches, ainsi qu'il nous le raconte, son nouvel ouvrage est remarquable par la richesse et l'exactitude des détails, par un ordre et une méthode parfaite. Si cependant nous voulions tracer un parallèle entre l'historien allemand et l'historien français, elle ne serait guère à l'avantage du premier. Nous aurions à constater une sécheresse désolante en regard d'une abondance pleine de séve et de vigueur, des vues souvent très-étroites en présence d'une largeur d'aperçus qui éblouit et fascine le lecteur. C'est que le fond de l'œuvre française est animé par une pensée profonde dont on cherchera inutilement une trace dans l'écrivain d'outre-Rhin. L'histoire du droit français trahit d'avance dans ses moindres détails cette unité puissante où vont se fondre un jour tant d'éléments d'abord hostiles, l'élément romain, gallique, germanique et féodal. L'histoire du droit germanique, au contraire, trahit partout la lutte, l'antagonisme qui a subsisté jusqu'à nos jours entre les divers éléments de la nationalité allemande, lutte qui, en se localisant, a abouti au morcellement et à la division. L'esprit individuel et local l'a emporté partout sur l'esprit général. Bien des fois encore la tâche de l'historien allemand échouera; elle succombera sous la masse énorme, confuse, dépourvue de règles générales, qui constitue le fond du droit germanique. A ce premier défaut de l'ouvrage de M. Walter, défaut inhérent au sujet, vient s'ajouter un autre, personnel à l'auteur. Il ne me semble pas avoir apporté dans l'examen des anciennes institutions cette sérénité de vue nécessaire pour les saisir avec leur caractère propre. Je crois retrouver trop sou-

Digitized by Google

vent dans l'historien le professeur du droit canonique soucieux de propager ses doctrines. Sous ce rapport encore, l'historien du droit français l'emporte sur son rival par une lucidité de vue qui plonge dans le passé, libre de toute préoccupation personnelle. Un coup d'œil rapide sur l'époque qui forme pour ainsi dire le trait-d'union historique des deux pays fera encore mieux ressortir les qualités distinctes en même temps que les divergences d'opinion des deux auteurs.

L'époque franque qui réunissait les Gaules et la Germanie sous la même dynastie présente un grand nombre de problèmes ardus qui, de nos jours, ont fait un pas considérable vers une solution définitive. En creusant plus profondément le sol de l'antiquité, les opinions se sont singulièrement rapprochées sur une foule de questions qui exerçaient pendant plusieurs siècles la sagacité des jurisconsultes français et allemands. Elles sont encore loin d'être tombées entièrement d'accord. Quel fut le caractère de la conquête? Quelles sont les conditions de la propriété germanique? Quand s'est-elle transformée dans la propriété féodale? Quels changements ce grand fait social a-t-il provoqué dans la constitution politique des nouvelles sociétés? M. Laferrière, en s'appuyant sur les recherches les plus récentes, établit que la conquête des Francs n'avait pas le caractère d'un partage des terres entre les vainqueurs et les vaincus. Le roi conquérant prit les terres du fisc, les terres vacantes, et les distribua à ses fidèles, aux chefs de ses compagnons d'armes [1]. M. Walter se refuse d'accorder à la conquête un caractère aussi général. Il distingue entre les conquêtes faites par les Francs avant Clovis et celles de ce dernier. Avant Clovis, les conquérants procédaient au partage avec les vaincus. A l'appui de son opinion, il rappelle d'abord cette circonstance que la langue romaine a entièrement disparu dans les conquêtes franques sur le Rhin [2]; qu'ensuite ces contrées, après avoir embrassé le christianisme sous la domination romaine, étaient retombées dans le paganisme. Les expressions *terra Salica*, *aviatica*, *sors*, *consortes*, qu'on rencontre dans les premières lois franques, n'impliquent, selon lui, aucune idée de partage; ce sont les terres transmises par voie de succession, par opposition aux immeu-

[1] *Histoire du Droit français*, t. III, p. 26.

[2] Sermonis pompa romani belgicis olim sive rhenanis abolita terris. (Sidon. Appollin., epist. IV, 17.)

Digitized by Google

bles acquis à tout autre titre. Cette explication, bien que juste au fond, ne me paraît pas suffisante; elle laisse subsister en entier la question de l'origine de cette nouvelle espèce de propriété.

La divergence d'opinions éclate avec plus de force sur un autre point. La noblesse existait-elle chez les Germains? M. Laferrière soutient qu'il n'y avait pas de classe noble chez les Germains; que la noblesse héréditaire n'était vraiment marquée dans les mœurs des Germains qu'à l'égard de la famille où était choisi le roi [1]. Tel n'est pas l'avis de M. Walter. Selon lui, l'origine de la noblesse remonte à la plus haute antiquité. Tacite déjà l'aurait connue et indiquée dans plusieurs passages. L'origine de la noblesse serait toute religieuse; elle se rattacherait au sacerdoce dont elle possédait les principaux emplois. Elle formait une classe peu nombreuse, privilégiée; dans ses rangs devaient être élus les rois. Les nobles ne se mariaient qu'entre eux; ils jouissaient d'une composition supérieure. La royauté également, selon M. Walter, aurait une origine religieuse et remplissait des fonctions sacerdotales. Mais ici il se trouve en contradiction manifeste avec les meilleurs historiens allemands, avec Eichhorn, Gaupp, Ch. Muller. Ils retrouvent dans les rois les chefs des bandes, des associations guerrières réunies en vue de conquêtes et connues sous le nom d'arimanies. *Arimans*, *Hermans*, *Germains*, sont des expressions synonymes qui indiquent le caractère éminemment guerrier de ces tribus indisciplinées auxquelles était échue la mission de renouveler la face du vieux monde romain.

Nous abordons la question aussi ardue de l'origine de la propriété germanique. M. Laferrière soutient que du temps de César et de Tacite les Germains ne connaissaient pas la propriété individuelle quant aux immeubles. Ils ne l'ont connue que dans leurs rapports avec les Romains et lorsqu'ils se sont fixés sur le sol romain [2]. Selon M. Walter, au contraire, l'homme franc ou libre est celui qui est propriétaire du sol. L'homme est libre seulement par rapport au sol. Les propriétaires seuls sont admis à comparaître dans l'assemblée libre. La propriété est la condition nécessaire pour la jouissance de la

[1] *Germania*, chap. 25, *super ingenuos*; — chap. 44, *neque nobilem neque ingenuum*. — V. M. Laferrière, t. II, p. 139; t. III, p. 140, note 14.

[2] T. III, p. 176.

Digitized by Google

paix sociale, de la garantie collective des compagnons libres. Les femmes, les mineurs, les serfs, les étrangers qui sont incapables de posséder sont soumis à la garde et à la protection du mari, du père, du maître et de l'hôte.

A la question de la propriété germanique se rattache une autre question non moins importante, celle de l'origine des fiefs. A quelle époque et dans quelles circonstances s'est produit ce grand fait social qui, pendant une longue série de siècles, devait enchaîner l'homme à la terre? M. Laferrière compare les bénéfices aux concessions des empereurs romains des IVe, Ve et VIe siècles. La Commise était écrite d'avance dans la loi de Constantin, l'idée de faveur ou de récompense se retrouve dans les concessions ou les libéralités du fisc impérial. Les rois mérovingiens, en distribuant à leurs leudes une grande portion du vaste domaine que leur avait fait la conquête, constituaient la classe de biens appelés bénéfices. Cette division de terres en alleux et en bénéfices était générale et fondamentale pendant la première époque de l'histoire du droit français [1]. M. Walter soutient une opinion bien différente. Il ne veut admettre aucune analogie entre les bénéfices et les institutions romaines. L'origine des bénéfices ne se rattacherait non plus à ces anciennes associations militaires connues sous le nom d'arimanies. Ils étaient inconnus encore sous l'époque mérovingienne. Les concessions de cette époque auxquelles on attribue généralement le caractère de bénéfices constituaient de vraies donations qui conféraient à titre irrévocable la pleine propriété, et se transmettaient aux femmes et aux filles par voie de succession. Les donataires, ajoute M. Walter, ne pouvaient être considérés comme une classe particulière de *leudes* ou de fidèles. Tous les leudes ou fidèles, en d'autres termes tous les hommes libres devaient également prêter au roi le serment de fidélité (*leudesamio*). C'est ce qu'attestent les documents du VIe siècle qui constatent que le serment de fidélité était un devoir général auquel tous les sujets du roi étaient soumis. Il est impossible d'y trouver aucune distinction entre les fidèles, les *leudes* et les autres sujets du roi. Les leudes ne constituaient donc pas une classe à part; ce ne sont pas ces compagnons royaux auxquels la royauté aliénait les domaines de la couronne. Cependant

[1] T. II, p. 548.

Digitized by Google

M. Walter convient qu'à côté des hommes libres, que le serment de fidélité entretenait dans l'obéissance du roi, un certain nombre de personnes connues sous le nom d'antrustions composait la suite du roi (*trustis dominica*). Le roi lui-même recevait leur serment. Des devoirs de fidélité très-énergiques les retenaient dans le service du roi. Ils jouissaient de nombreuses exemptions et d'une composition triple. La dénomination de *leudes* a perdu par la suite sa signification politique. Les leudes de l'époque franque sont devenus les *liti* de l'époque féodale. Ils représentent alors une classe intermédiaire entre les hommes libres et les serfs. Ils se retrouvent dans les contrées saxonnes sous le nom de *lazzi*, sous celui d'*aldii* ou d'*aldiones* chez les Lombards, de *litones censuales*, *laten*[1] dans les autres contrées d'Allemagne. La plupart des institutions de l'époque franque subissent le même sort; avec les principes, les noms s'abâtardissent sous l'influence du régime féodal. C'est ainsi que la célèbre terre Salique (*terra Salica*) devient la Cour, la maison seigneuriale[2]. Les noms subsistent, mais ils ne répondent plus aux anciennes institutions qui ont commencé à se transformer sous les derniers Carlovingiens. Par suite de la décadence du pouvoir central, l'organisation puissante que Charlemagne avait donnée à son empire se dissout. Les comtes dans lesquels ce grand homme avait concentré l'administration civile des provinces, qui, en temps de guerre, devaient convoquer les hommes libres et les conduire, cèdent la place aux grands vassaux qui, à l'appel du suzerain de comparaître avec leurs vassaux et leurs hommes, répondront parfois par le refus et la révolte. Ce ne sont pas seulement les seigneurs, ce sont aussi les évêques, dont les armes retentissent dans la mêlée générale de cette société déréglée et turbulente, qui avaient perdu les traditions de l'ordre civil. Les hommes qui jusqu'alors avaient échappé à l'asservissement général vont à leur tour s'abriter sous les liens du régime féodal. Le régime féodal a commencé à étreindre les personnes et le sol dans un cercle de fer. M. Walter développe ces idées sur les origines du régime féodal avec une netteté et une vigueur de vues qui me semblent mériter une attention sérieuse.

[1] *Lassen, erblassen, leute, hofesleute.*
[2] *Curtis, terra dominica, salhof, salland, selgunde.*

Digitized by Google

Au sortir de l'époque franque, sous les successeurs dégénérés de Charlemagne, l'Allemagne et la France, après s'être séparées, suivent par des voies opposées des destinées différentes. C'est alors que commence la distinction entre la langue tudesque et la langue romane[1], entre les Francs teutons et les Francs latins ou romans. En France la royauté parvient, après de laborieux efforts, à dominer l'anarchie féodale et à faire entendre sa voix au milieu de l'arrogance des hauts barons. A une époque où la force matérielle domine tous les rapports, elle devient le symbole de la justice, elle protége le peuple contre les oppressions des grands; et après plusieurs siècles d'une politique persistante, elle réussit à jeter les fondements de cette monarchie qui va aboutir un jour à l'unité complète. La royauté germanique, dès le début, suivait une voie différente. Appelée à recueillir l'héritage de Charlemagne, à soutenir les prétentions à la couronne romaine qu'il lui avait léguées, elle s'engageait dans une lutte séculaire. Elle est sortie brisée et sanglante de cette lutte qui disputait la suprématie au chef spirituel de la chrétienté. Pour obtenir le concours des hauts vassaux de l'empire dans ces guerres d'Italie dont l'Allemagne, jusqu'à nos jours, a conservé les souvenirs à la fois glorieux et fatals, sous le nom d'expéditions romaines (*Römerzüge*), elle dut leur aliéner une à une les principales prérogatives du pouvoir souverain. L'Allemagne, comme l'Italie, a perdu pour toujours son unité dans les plaines de Lombardie. Pendant que l'empereur, assisté de docteurs de Bologne, sanctionnait dans les conciles de Milan les franchises des républiques italiennes, les ducs de l'empire consolidaient leur puissance territoriale; des contrées nombreuses, en se liguant, établissaient des confédérations, telles que la confédération suisse, celle des Pays-Bas, et se détachaient pour toujours de l'empire, en même temps que la Bourgogne fut érigée en royaume indépendant. Frédéric Barberousse encore s'était fait couronner, en 1178, roi d'Arles.

En France, la royauté croissait en force et en puissance. En établissant le principe de réunion en faveur du domaine, elle devient le plus grand propriétaire terrien du royaume. En

[1] Arnulfi tempore divisio facta est inter Teutones francos et Latinos francos (Pertz, *Scriptor.*, III, 214). Les expressions *theodiscus*, *theudiscus*, *teutonicus*, s'appliquaient d'abord à la langue seulement.

Digitized by Google

protégeant la révolution communale, elle grandit sous l'émancipation des communes, et d'un pouvoir suzerain elle se transforme en pouvoir central et souverain. En Allemagne, les ducs, les évêques, et en dernier lieu les villes, usurpaient successivement le territoire du Saint-Empire. Les villes allemandes, émancipées par des franchises et des priviléges nombreux, continuaient à s'abriter sous la suzeraineté des évêques et des seigneurs, ou bien elles se fortifiaient par l'association. De là la distinction entre les villes royales, les villes épiscopales et les villes territoriales. Les villes royales, dotées de la *libertas romana*, relevaient directement de l'empire; elles formaient des confédérations puissantes, telles que la Confédération hanséatique, née en 1241, qui réunissait quatre-vingts villes; la Confédération rhénane, de 1247, qui en comptait soixante. Ces confédérations concluaient des traités de paix et d'alliance avec les États voisins, et acquéraient une prospérité et une influence qui rivalisaient avec celles des républiques italiennes. L'esprit fédéral remplaçait chez les unes l'élan spontané des autres. Cette prospérité passagère devait consoler pendant quelque temps les deux pays de la perte de leur unité. Dans les villes épiscopales s'élevait la puissance croissante des évêques. Ils avaient d'abord obtenu par des constitutions impériales, dans ces villes où ils siégeaient, le ban et la juridiction. De ces villes ils étendaient leur droit de haute et de basse justice sur la banlieue et les campagnes voisines, où leur autorité remplaçait celle des comtes. Il suffit, pour apprécier l'importance des villes épiscopales, d'en nommer quelques-unes : Liége (depuis 285), Trèves (1039), Worms (1011 et 1026), Bâle (1041), Brême (1062), Strasbourg (1077) et beaucoup d'autres où les évêques possédaient les prérogatives de la souveraineté, la haute et la basse justice, les régales, le droit de frapper monnaie. Les villes territoriales, qui continuaient toujours à obéir à leurs seigneurs, jouissaient cependant de leurs statuts propres, sous le nom de droit de banlieue (*Weikbildrecht*). L'empereur leur conférait également le droit d'exercer chez elles la haute et la basse justice, qu'il leur envoyait sous la forme symbolique d'un gant. Une cité nouvellement établie était dotée souvent du droit municipal d'une cité préexistante. Les statuts de Magdebourg, de Lubeck et de Cologne ont ainsi acquis une grande célébrité dans le Nord allemand et slave : les Cours de justice de

Digitized by Google

ces cités mères formaient des espèces de Cours d'appel pour les cités filiales.

Lorsque les villes grandissaient ainsi en nombre et en force, pendant que les évêques consolidaient leur autorité territoriale, les grands feudataires, les ducs, par leurs prétentions exagérées, menaçaient le Saint-Empire d'une dissolution imminente. Le plus redoutable entre eux fut le duc de Saxe. Au duché de Saxe, qui embrassait la plus grande partie de l'Allemagne septentrionale, Henri l'Orgueilleux réussit à réunir encore celui de Bavière. Par un orgueil exagéré il excita la jalousie de ses pairs et le mécontentement de ses vassaux, et il fournit un de ces exemples trop rares dans l'histoire d'Allemagne, dont la royauté a su tirer parti pour rétablir son autorité compromise. Les pairs de l'Empire prononcèrent l'excommunication de Henri et de son fils. Le duché de Saxe fut brisé, et sur ses ruines on voit s'élever les comtes de Holstein, de Mecklenbourg, d'Anhalt, et celui qui un jour va les dominer tous par son ascendant croissant, le comte de Brandebourg. Albert de Brandebourg, en renonçant au duché de Saxe qui lui est adjugé dans les dépouilles communes, prend le titre de duc de Brandebourg (*ducatus transalbinus*). Il devient le fondateur de la dynastie qui, après avoir succédé aux grands-maîtres de l'ordre teutonique, fera subir une nouvelle transformation au duché de Prusse; alors le dernier électeur de Brandebourg placera sur sa tête la couronne royale. La catastrophe qui frappe le duc de Saxe devient également pour l'Allemagne méridionale le signal d'un changement fondamental. Au duc Léopold échoit, après la chute du duc de Saxe, la Bavière avec le marquisat d'Autriche. Son fils, en restituant la Bavière à Henri le Lion, réintégré dans une partie de ses domaines patrimoniaux, se réserve l'Autriche, qui fut érigée en duché et dotée en même temps d'exemptions et de priviléges nombreux (*ducatus Austriæ*, l'Austrasie germanique). C'est ainsi que la catastrophe qui raffermissait de nouveau l'autorité impériale, devient le point de départ des deux grandes dynasties d'Allemagne. Sous les orages des époques suivantes, l'empire germanique trouvera son appui dans la puissance territoriale de l'aînée de ces deux dynasties; la maison de Habsbourg, enrichie par de nombreuses alliances, l'entourera d'un nouvel éclat et le soutiendra par les principes traditionnels de sa politique conserva-

Digitized by Google

trice. La plus jeune de ces dynasties deviendra le centre de réunion des intérêts nouveaux, des éléments hostiles qui surgissent de toutes parts pour introduire d'une manière permanente, dans le sein du Saint-Empire romain, ce dualisme fatal qui en amènera la dissolution, et qui a reparu naguère avec une nouvelle énergie dans le sein de la Confédération germanique.

Pendant que les intérêts particuliers et territoriaux ont prévalu ainsi dans la constitution politique de l'Allemagne, que sont devenues ces lois qui, à une certaine époque, régissaient une grande partie de l'Europe, ces institutions judiciaires dont on retrouve jusqu'à nos jours l'empreinte profonde dans l'organisation judiciaire de la Grande-Bretagne et des pays scandinaves [1]? Ici encore on rencontre les conséquences funestes des guerres d'Italie. Sous l'influence de ces guerres, les grands coutumiers allemands, le Miroir de Saxe et le Miroir de Souabe, qui réfléchissent assez fidèlement l'esprit des anciennes lois germaniques, ont disparu. Les disciples gradués de l'école de Bologne, les docteurs du droit romain et canonique, ont envahi les tribunaux. Ils sont venus s'asseoir à côté de ces juges populaires connus sous le nom d'échevins (*Schöffen*), qui peu à peu ont dû se retirer devant leurs doctes confrères. Ils ont remplacé par des règles savantes et méthodiques les formes simples de la procédure des échevins (*Schöffenverfassung*), de cette procédure populaire dont l'Allemagne a conservé religieusement le souvenir. La procédure orale et publique s'est perdue sous les formes savantes empruntées aux Cours ecclésiastiques. Le droit national, dont on retrouve la vigueur naïve dans les coutumiers allemands, a cédé la place à l'autorité du droit romain. Les romanistes ont plié sous la discipline rigoureuse des théories romaines les restes du droit indigène qui ont échappé au naufrage des institutions nationales. Ainsi est né le droit commun allemand, œuvre complexe qui a sa base fondamentale dans les Pandectes et le Code de Justinien, et dont la connaissance est restée confinée dans l'enceinte étroite des écoles. Aussi les Facultés de droit (les *Spruch-Collegien*) ont-elles été appelées jusqu'à nos

[1] Les recherches récentes des germanistes ont démontré l'origine germanique du jury anglais, connu en Danemark, en Suède et dans l'île d'Islande, sous les noms de *naemd*, *naefnd*, *judices nominati*. V. Michelsen, *De l'origine du jury*. Leipzig, 1847.

Digitized by Google

jours, par une anomalie singulière, à reviser en dernier ressort les causes déférées aux tribunaux. En aucun pays le besoin de codification ne se fait sentir aussi vivement qu'en Allemagne. Dans les trois principaux États d'Allemagne, en Bavière, en Prusse et en Autriche, on s'est mis à l'œuvre dès le milieu du dernier siècle, sans avoir toutefois résolu le problème d'une manière définitive. Le Code de Bavière, et surtout celui de Prusse, laissent infiniment à désirer; cependant leur révision, annoncée toujours, se fera attendre encore bien longtemps. C'est le Code d'Autriche qui s'est le mieux approprié les qualités éminentes des lois françaises, la précision, la sobriété, l'expression élégante.

En terminant cet aperçu sommaire, rendons justice à la patience et à l'abondance de recherches gravées en traits profonds dans le nouvel ouvrage de l'éminent germaniste.

BERGSON.

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

Pages.

Académie de législation de Toulouse. V. Chronique.
Académie des sciences morales et politiques. 191
Autorité administrative. V. Expropriation pour cause d'utilité publique.
Bail. V. Louage.
Bibliographie. — Jurisprudence de MM. Dalloz. 77
— Jurisprudence du XIXe siècle, par MM. Devilleneuve et Gilbert. 83
— Dogmen-Geschicht des civil-rechts von Rosshirt. 88
— Jurisprudence et doctrine en matière d'abordage, par M. Sibille. 93
— Traité de l'instruction criminelle, par M. Faustin-Hélie. 184
— Les Codes annotés, par M. Gilbert. 369
— Principes de la révolution considérés comme générateurs du socialisme, par M. du Boys. 374
— Traduction de Zachariæ, par MM. Massé et Vergé. . . . 556
— Histoire du droit germanique, par Ferd. Walter. 563
Chronique. — Loi de la confédération germanique sur l'extradition . . 95
— Académie des sciences morales et politiques. 191
— Académie de législation de Toulouse.—Institution de la fête de Cujas. 473
Code Henri III. V. Droit romain.
Codification. V. Lois françaises.
Communauté. — La communauté ou le mari sont-ils tenus des frais de l'instance en séparation de corps?. 396
— V. Reprises et prélèvements.
Compétence. — Les parties peuvent-elles proroger la juridiction des tribunaux civils dans une affaire de la compétence d'un tribunal d'exception? 547
— V. Expropriation pour cause d'utilité publique.
Conflits. — Notions historiques. 530
Contrats d'assurance. V. Remplacement militaire.
Contrat de mariage. — Par quelle loi, en l'absence de contrat de mariage, doivent se régir les conventions matrimoniales entre un étranger et une française? . . . 193
Correctionnalisation. V. Crimes.

Digitized by Google

Pages.
Crimes. — De la correctionnalisation des crimes. 69
Coutumes de Toulouse. V. Droit ancien.
Désaveu. — Du désaveu de paternité en cas de séparation de corps. — Histoire et interprétation du deuxième paragraphe de l'article 313 ajouté au Code Napoléon. 212
Droit ancien. — Vue générale de l'histoire du Droit breton. 118
— Essai sur les anciennes Coutumes de Toulouse. . 224 et 490
— Le Code Henri III de Barnabé Brisson. 308
Droit breton. V. Droit ancien.
Droit d'enregistrement. — Droit de mutation par décès; privilége de l'administration; succession vacante; héritier bénéficiaire. 295
— L'acte par lequel le concessionnaire d'une mine transfère à un tiers le droit de l'exploiter, est-il sujet au droit de 20 centimes par 100 fr ou bien plutôt au droit de 2 pour 100 établi sur les ventes mobilières? 432
— A supposer que ce dernier droit soit dû, le droit de vente peut-il être perçu sur le jugement par lequel la convention a été résiliée? . . . 439
Droit étranger. — Revue des Recueils publiés à l'étranger. . . . 358 et 463
— *La Temi*, journal de législation et de jurisprudence, par MM. Panattoni, avocats à Florence. 467
— V. Droit germanique. — Succession (droit de). — Transcription.
Droit pénal. — V. Du délit de publication de fausses nouvelles. 14
— Mode de publication ou de reproduction. 19
— La mauvaise foi est-elle toujours une condition essentielle du délit? 327
— La loi punit-elle indistinctement toute espèce de mensonge ou d'inexactitude? 337
— Le bénéfice des circonstances atténuantes est-il admissible? 351
— V. Crimes.
Expertise. — Nomination des experts. — Pouvoir du juge et droit des parties. — Absence de réserves dans le jugement qui nomme les experts d'office. 98
— Faut-il, pour que les art. 302 et suiv. C. proc. reçoivent leur application, que l'expertise soit obligatoire pour le juge, ou du moins que les parties y aient conclu? 105
— N'est-ce pas toujours d'office que la nomination des experts doit avoir lieu lorsqu'un mineur est partie en cause? . . 109
— Quelles sont en cette matière les règles à suivre devant les tribunaux de commerce? 114
Expropriation pour cause d'utilité publique. — Est-ce à l'autorité administrative ou aux tribunaux civils qu'il appartient, en cas d'opposition des propriétaires au projet d'expropriation pour l'ouverture, l'élargissement ou le redressement d'une rue comprenant non pas seulement le terrain qui doit servir d'assiette aux travaux, mais ce

Digitized by Google

Pages.

qui peut rester en dehors des alignements, de décider que ces parties restantes ne sont pas d'une étendue ou d'une forme qui permette d'y élever des constructions salubres? 2

Fausses nouvelles. V. Droit pénal.

Femme dotale. V. Paraphernaux.

Femme séparée. V. Paraphernaux.

Héritiers. V. Succession.

Histoire du droit. V. Droit ancien.

Hypothèque. — Du concours de l'hypothèque générale avec des hypothèques spéciales. 385

Indignité. V. Succession.

Kant. V. Philosophie du droit.

Lois françaises. — De la codification générale.. 354

Louage. — La remise sur le prix de bail est-elle due aux termes de l'art. 1769 C. Nap., lorsque le cas fortuit a enlevé la moitié du produit net de la récolte? Ne faut-il pas qu'il ait enlevé au moins la moitié de la récolte brute? 135

Matière civile. V. Expertise.

Paraphernaux. — Que la femme dotale ayant des paraphernaux ne doit pas, quant à cette nature de biens, être assimilée à la femme séparée.. 206

Philosophie du droit. — Doctrine de Kant. — Éléments métaphysiques de la doctrine du droit.. 39

Prescription. — De l'interruption de prescription et de ses effets. — Produit-elle ses effets dans le passé et dans l'avenir, ou seulement dans le passé? — La demande en justice est-elle suspensive en même temps qu'interruptive? — A-t-elle pour effet de transformer en prescription trentenaire les prescriptions abrégées qu'elle interrompt? 253

— Quelle est la nature de la prescription? Est-ce une cause proprement dite d'acquisition ou de libération, ou bien n'est-elle, à proprement parler, que la présomption légale d'une acquisition ou d'une libération précédemment réalisée? 279

Privilége. V. Droit d'enregistrement.

Prorogation de juridiction. V. Compétence.

Publication de fausses nouvelles. V. Droit pénal.

Remplacement militaire. — De l'influence de la loi qui a élevé le contingent sur les contrats d'assurance souscrits avant la promulgation de cette loi.. 441

Reprises et prélèvement. — Que la femme n'a pas un droit de préférence sur les valeurs mobilières de la communauté, à raison de ses reprises.. 398

— Examen de la question spécialement dans les cas d'acceptation de la communauté par la femme. 408

Retraits. — Quel est le caractère principal du retrait dans ses diverses applications? 143

Digitized by Google

Pages.
Retraits. — L'acheteur écarté reste-t-il débiteur du reste du prix?. . . 144
— Les hypothèques et servitudes constituées par l'acheteur sont-elles effacées et résolues par le retrait? 149
— Les droits réels que l'acheteur avait sur la chose, et qui se sont éteints par confusion, renaissent-ils après le retrait? 150
— Si la même chose a été revendue plusieurs fois, le retrait s'exercera-t-il contre la première ou la dernière vente? . . 153
Séparation de corps. V. Désaveu.
Succession. — L'indignité peut-elle être poursuivie contre les héritiers de l'indigne? 481
Succession (droit de). — De l'indivisibilité et de la divisibilité des biens ruraux en Allemagne. 157
Succession vacante. V. Droit d'enregistrement.
Transcription. — Des moyens de prévenir les dangers de la destruction des registres de transcription. 75
— De la transcription en matière hypothécaire d'après les lois allemandes.. 169
— Conséquences du défaut de mention prescrite par l'art. 4 de la loi sur la transcription.. 524
Tribunaux civils. V. Compétence.
Tribunaux d'exception. V. Compétence.
Vente. V. Droit d'enregistrement.

Digitized by Google

TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

Pages.

ANCELOT : Études sur les reprises et les prélèvements. 408

BAUBY (Justin) : L'indignité peut-elle être poursuivie contre les héritiers de l'indigne?. 481

BENECH : Chronique. — Académie de législation de Toulouse. — Institution de la fête de Cujas. 472

BERGSON : Chronique. — Loi de la Confédération germanique sur l'extradition. 169

De la transcription en matière hypothécaire d'après les lois allemandes. 169

Bibliographie.—Histoire du droit germanique, par Ferd. Walter. 563

BOLLAND : Quelques réflexions sur la correctionnalisation des crimes. . 69

BONNEVILLE : Bibliographie. — *La Temi*, journal de législation et de jurisprudence, par MM. Giuseppe et Lorenzo Panattoni, avocats à Florence. 467

COIN-DELISLE : Bibliographie. — Jurisprudence et doctrine en matière d'abordage de M. Sibille. 93

Examen doctrinal de la jurisprudence civile. 193

DEMANTE (Gabriel) : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière d'enregistrement. 295

DORLENCOURT : Les parties peuvent-elles proroger la juridiction des tribunaux civils dans une affaire de la compétence d'un tribunal d'exception?. 547

GIRARD DE VASSON : De la loi du 13 avril 1854 et de son influence sur les contrats d'assurances consentis avant la promulgation de cette loi. 441

JANET (Paul) : De la philosophie du droit dans la doctrine de Kant. . 39

KŒNIGSWARTER : Bibliographie. — Dogmen-Geschichte des civilrechts von C.-F. Rosshirt. 88

Revue des Recueils étrangers. . . . . 358 et 463

LABADENS : De la transcription en matière hypothécaire 75

De la codification générale des lois françaises. 354

LABBÉ : Étude sur les retraits. 142

LAFERRIÈRE : Essai sur les anciennes Coutumes de Toulouse. . 224 et 490

Digitized by Google

Pages.

LEBON : Mine. — Vente. — Bail à ferme. — Droit d'enregistrement. . . 432

LEFÈVRE-PONTALIS : De l'indivisibilité et de la divisibilité des biens ruraux en Allemagne (traduction d'un mémoire inédit de M. Rau). 157

MINIER (Jules) : Le Code Henri III de Barnabé Brisson 308

MOURLON : De l'interruption de prescription, de ses effets, et de la nature de la prescription. 252

NICIAS-GAILLARD : Examen doctrinal de la jurisprudence. . . . . 1 et 97
Bibliographie. — Les Codes annotés par M. Gilbert. 369

PAUL PONT : Bibliographie. — Jurisprudence générale de MM. Dalloz. . 77
— Traité de l'instruction criminelle de M. Faustin-Hélie. 184
— Traduction de Zachariæ, par MM. Massé et Vergé. 556
Chronique. — Académie des sciences morales et politiques. . 191
Examen doctrinal de la jurisprudence civile. 385

POUHAËR : Vue générale de l'histoire du droit breton. 118

REVERCHON : Des conflits. 530

RIVIÈRE : Des conséquences du défaut de mention prescrite par l'article 4 de la loi sur la transcription. 524

RODIÈRE : Suffit-il, pour que le fermier ait droit à la remise sur le prix de son bail, que le cas fortuit ait enlevé la moitié du produit net de la récolte? Ne faut-il pas qu'il ait enlevé la moitié au moins de la récolte brute? 135

SACASE : Bibliographie. — Jurisprudence du XIXe siècle de MM. Devilleneuve et Gilbert. 83

TAULIER (Frédéric) : Bibliographie. — Des principes de la révolution française considérés comme principes générateurs du socialisme, par M. du Boys. 374

VENTE (Amb.). De la publication des fausses nouvelles et pièces fausses. . . . . 14 et 327

Paris. — Imprimé par E. THUNOT et Ce, rue Racine, 26.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google